

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho privado, social y económico.

LA MORA DEL DEUDOR

Gema Díez-Picazo Giménez.

R. D 83.657

1994



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho privado, social y económico.

LA MORA DEL DEUDOR

Tesis doctoral realizada por:

GEMA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ,

bajo la dirección del Catedrático

DR. D. LUIS DíEZ-PICAZO Y

PONCE DE LEÓN.

1994

ÍNDICE

| | Págs. |
|---------------------------|--------------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS.

DERECHO COMPARADO.

CAPÍTULO PRIMERO:

LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR DEL DERECHO ROMANO A LA CODIFICACIÓN

| | |
|---|------------|
| I.- La constitución en mora en el Derecho romano | 50 |
| 1.- Concepto de mora en el Derecho romano | 59 |
| 2.- Presupuestos de la constitución en mora en el Derecho romano: Presupuestos objetivos y subjetivos. | 62 |
| a) La existencia de una obligación. | 62 |
| b) La existencia de un retraso en el cumplimiento de la obligación vencida y exigible. | 66 |

| | Págs. |
|---|---------------|
| <ul style="list-style-type: none"> c) La interpelación del acreedor al deudor exigiéndole la realización de la prestación. | 68 |
| <ul style="list-style-type: none"> d) La culpa del deudor del retraso en el cumplimiento de la obligación vencida y exigible | 79 |
| 3.- Efectos de la constitución en mora del deudor | 85 |
| <ul style="list-style-type: none"> a) La <i>perpetuatio obligationis</i>. | 85 |
| <ul style="list-style-type: none"> b) El abono de los frutos e intereses. | 87 |
| 4.- La <i>purgatio morae</i> o fin de la mora del deudor en el Derecho romano. | 89 |
| II.- La constitución en mora del Derecho Intermedio a la Codificación. | 94 |
| <ul style="list-style-type: none"> 1.- La constitución en mora del deudor en el Derecho Intermedio | 94 |
| <ul style="list-style-type: none"> 2.- La constitución en mora del deudor en la Codificación. | 120 |

CAPÍTULO SEGUNDO:

LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR EN EL DERECHO CIVIL COMPARADO

| | |
|--|-----|
| I.- La constitución en mora del deudor en el Código civil francés. | 168 |
| II.- La constitución en mora del deudor en el Código civil italiano de 1942 | 187 |
| III.- La constitución en mora del deudor en el B.G.B. alemán. | 234 |
| IV.- La constitución en mora en el Código civil suizo de las obligaciones. | 269 |
| V.- La constitución en mora del deudor en el Código civil portugués de 1968. | 289 |
| VI.- La constitución en mora del deudor en los sistemas de <i>Common Law</i> | 302 |

| | |
|---|------------|
| VII.- La constitución en mora en los Códigos civiles latinoamericanos. | 340 |
| 1.- La constitución en mora del deudor en el Código civil de la República de Chile. | 347 |
| 2.- La constitución en mora del deudor en el Código civil mejicano. | 356 |
| 3.- La constitución en mora del deudor en el Código civil paraguayo. | 358 |
| 4.- La constitución en mora del deudor en el Código civil argentino. | 367 |

III.- El incumplimiento retrasado como figura jurídicamente relevante en el derecho de obligaciones.

| | |
|--|------------|
| 1.- Concepto de retraso en el cumplimiento de la obligación y su calificación de incumplimiento contractual. | 461 |
| 2.- Presupuestos del retraso jurídicamente relevante. | 466 |
| a) El vencimiento y la exigibilidad de la obligación. | 467 |
| b) Ilícitud del retraso en el cumplimiento. | 473 |
| c) Incertidumbre acerca del cumplimiento posterior de la obligación por parte del deudor. | 476 |
| 3.- Efectos del retraso jurídicamente relevante | 479 |

| | |
|--|------------|
| IV.- Algunos remedios comunes a todos los tipos de incumplimiento de la obligación. | 486 |
| 1.- La pretensión de cumplimiento. El llamado cumplimiento "por equivalente". | 487 |
| 2.- La indemnización de los daños y perjuicios. | 494 |
| 3.- La perpetuación de la obligación. Discusión en torno al contenido de la prueba. | 514 |
| a) Análisis del artículo 1.096.3º del Código civil. | 525 |
| b) Análisis del artículo 1.182 del Código civil español. | 528 |
| c) La prueba de que el objeto de la prestación hubiera igualmente perecido en poder del acreedor. ¿Prueba pertinente al daño resarcible?. Contenido de la prueba. | 532 |
| 4.- La resolución del vínculo contractual en las obligaciones sinalagmáticas. | 553 |

CAPÍTULO CUARTO:

LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR.

| | |
|---|------------|
| I.- La figura de la constitución en mora del deudor en el actual Derecho de obligaciones. | 561 |
| 1.- Concepto de constitución en mora del deudor. Aspectos polémicos. | 563 |
| 2.- Finalidad de la constitución en mora. | 573 |
| II.- Requisitos para la eficacia de la constitución en mora. | 579 |
| 1.- El carácter positivo de la obligación. | 580 |
| 2.- La exigibilidad y el vencimiento de la obligación. | 583 |
| 3.- La liquidez de la deuda. El valor actual de la máxima <i>"in illiquidis non fit mora"</i> y su inclusión en el criterio de inimputabilidad del incumplimiento | 586 |
| 4.- La imputación al deudor del incumplimiento. | 594 |
| 5.- La interpelación del acreedor exigiendo el cumplimiento de la obligación. | 596 |

| | |
|--|------------|
| III.- La constitución en mora automática del deudor. | 599 |
| 1.- La finalidad de la mora <i>ex re</i> o automática. | 600 |
| 2.- Análisis de los supuestos en los que la constitución en mora se verifica automáticamente. | 606 |
| a) La voluntad de la ley y la voluntad de las partes. | 607 |
| b) La designación de la época de cumplimiento como motivo determinante para establecer la obligación. | 617 |
| IV.- La constitución en mora del deudor en las obligaciones recíprocas. | 620 |
| 1.- Los problemas de interpretación del último párrafo del artículo 1.100 del Código civil. | 621 |
| 2.- La necesidad de intimación. Diversas posturas doctrinales. | 631 |
| a) Interpretación formulada por M. ALBALADEJO. | 631 |
| b) Interpretación sostenida por A. CRISTOBAL MONTES. | 638 |
| c) Solución ofrecida por DÍEZ-PICAZO. | 644 |

| | Págs. |
|--|--------------|
| V.- La constitución en mora del deudor en las | |
| obligaciones pecuniarias. Un régimen especial. | 649 |
| 1.- Interpretación del artículo 1.108 del Código civil. | |
| Especialidad del régimen previsto. | 653 |
| 2.- La admisión de la prueba del mayor daño mediante | |
| la fórmula general del artículo 1.107 del Código civil. | 664 |
| VI.- La <i>purgatio morae</i> o cese de la situación jurídica | |
| de la mora del deudor. | 668 |
| 1.- La noción de <i>purgatio morae</i> o cese de la situación | |
| jurídica de mora del deudor. | 668 |
| 2.- Causas que originan el fin de la situación de mora | |
| del deudor. | 669 |
| CONCLUSIONES. | 673 |
| BIBLIOGRAFÍA | |

INTRODUCCIÓN

El artículo 1.100, el único que de modo unitario nuestro vigente Código civil dedica a este instituto, dispone que:

"Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1.ª Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.

2.ª Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio fue motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro".

El tema de la *mora debendi*, aun entrando de lleno en la teoría general de las obligaciones y teniendo gran importancia para el desarrollo del tráfico jurídico no ha sido objeto de gran atención por nuestra doctrina moderna¹. Quizá, la explicación del abandono que sufre esta figura en el moderno Derecho civil español se encuentre simplemente leyendo el único artículo que nuestro Código le ha dedicado íntegramente. Es insuficiente, confuso y desorientador. Algunos de nuestros grandes civilistas han intentado profundizar en su estudio, pero son muchas las cuestiones que, todavía hoy, se discuten y aún más las que ni siquiera han sido debatidas.

Por todo ello, es necesario llevar a cabo un profundo estudio de este instituto, revisando todas las teorías y posturas doctrinales y jurisprudenciales que se han formulado. Teorías que hoy continúan denominándose "*dominantes*" y que se deben revisar, porque la realidad económico-social no perdona, y quizá, algunas, pasarían a denominarse "*dominadas*", puesto que, entre otras razones, otorgan una excesiva protección al deudor, una excesiva atención a las

¹ Entre otros autores se puede citar a ALBALADEJO, M., *La mora en las obligaciones recíprocas*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, pp. 9, *De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas*, en el *Libro Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, Madrid 1988, pp. 29; CRISTOBAL MONTES, A., *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid 1984; *La mora del deudor en la resolución contractual por incumplimiento*, *Revista de Derecho Privado* 1985, pp. 91; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.L., *La mora*, Madrid 1978. DIEZ-PICAZO, L., *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, *Anuario de Derecho Civil* 1969, pp. 383, JORDANO BAREA, *Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita*, *Anuario de Derecho Civil* 1951, pp. 303; HERNÁNDEZ GIL, F., *La intimación del acreedor en la mora "ex persona"*, *Anuario de Derecho Civil* 1962, pp. 331; PUIG BRUTAU, *Mora*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica de Seix*, Barcelona 1978, tomo XVI, pp. 645; GRAMUNT FOMBUENA, M.D., *La mora del deudor en el Código civil*, ed. José María Bosch, Barcelona, 1993, esta obra ha sido publicada cuando esta tesis estaba casi finalizada, pero aun así las aportaciones de la autora al estudio de este instituto sin duda deben ser consideradas y serán motivo de algunas anotaciones a lo largo de este trabajo.

dicho, no puede ser interpretado al pie de la letra. Todo ello hace que el enfoque o planteamiento de la mayoría de estas teorías haya quedado desfasado y obsoleto para afrontar los problemas que la realidad del tráfico jurídico actual exige.

Como es sabido, el efecto fundamental perseguido por toda obligación es el cumplimiento o la exacta ejecución de la prestación, que constituye su objeto, por el deudor.

Sólo a la exacta realización de la prestación se le puede calificar de cumplimiento. Por consiguiente, tanto una total o parcial inexecución de la prestación, como una ejecución que no se ajuste al proyecto establecido en su título de constitución, deben ser consideradas incumplimiento contractual. Aunque esta aclaración pueda parecer gratuita o fuera de lugar, debe insistirse en ella, ya que, si bien el concepto del pago o cumplimiento de la obligación es más o menos pacífico en nuestro Derecho, no ocurre lo mismo con la noción de

particulares contratos (Ej/ arrendamiento, depósito, comodato).

Es necesario regular hoy con algún detenimiento y cuidado las cláusulas limitativas, la modificación convencional del régimen de responsabilidad del deudor y especialmente las cláusulas de exoneración.

Es necesario regular la posible participación, responsabilidad o imputabilidad al propio acreedor de la lesión de su derecho, con la consecuencia de la exclusión por ello de la responsabilidad del deudor o de una concurrencia de culpas compensable, total o parcialmente.

Hoy puede hablarse y se ha hablado de un deber o de una carga de colaboración o de cooperación del acreedor con el deudor, a fin de que este último se encuentre o sea colocado en las necesarias condiciones para llevar a cabo la prestación prometida, cosa que ocurre en la mayor parte de las obligaciones de hacer y cuyo incumplimiento o inobservancia origina problemas de muy difícil solución con la normativa de que disponemos.

Parece también que es menester tratar el problema de las responsabilidades de un tercero en la lesión del derecho de crédito".

incumplimiento, que continúa siendo una de las asignaturas pendientes de la doctrina.

Tanto es así, que continúan discutiéndose entre los autores cuestiones terminológicas, como si el hecho de que el deudor cumpla su obligación, pero no tal y como se había pactado en el programa prestacional, es decir, que la prestación no se ajuste a lo pactado, es incumplimiento o cumplimiento inexacto. Algunos autores¹ propugnan la ampliación de los supuestos de incumplimiento y la restricción de los de cumplimiento por entender que de este modo se protegerían mejor los intereses del tráfico, la operatividad del favor debitoris² e incluso no se rompería con los moldes de la estricta configuración conceptual del cumplimiento. Deben considerarse – dicen – incumplimiento todos aquellos supuestos en los que la relación obligatoria no ha sido respetada, es decir, todos aquellos casos en los que de cualquier manera se contravenga el tenor de la obligación.

¹ Entre otros, F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Giuffrè editore, Milano 1968, p.9; A. CRISTOBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, ed. Tecnos, Madrid 1989, p. 14.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, en el *Commentario al Codice civile* dirigido por P. Schlesinger, Giuffrè editore, Milano 1987, p.426.

² En palabras de F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Giuffrè editore, Milán, 1968, p.9 : "Yo creo, escribía JHERING en *La lucha por el Derecho*, que se puede establecer esta máxima general: las simpatías por los deudores son un signo de flaqueza. El título de "humanitario" es eso mismo que se lo arroga. Una época llena de salud y vigor mira sobre todo a que el acreedor sea dueño de su derecho, aunque el deudor se arruine". En el momento en que fueron pronunciadas, estas palabras podrían parecer duras y poco generosas, pero tuvieron el mérito de poner en discusión un principio que los tiempos futuros han demostrado que no se adhiere más a la realidad".

Es cierto que esta distinción no deja de tener interés dogmático y, sin duda, toda investigación debe partir de unas premisas correctas. Hay que ser estricto en la utilización de los términos sean éstos jurídicos o no. Sin embargo, en la práctica, y sobre todo en el caso de mora del deudor, el hecho de caracterizarla de inexecución temporal o de prestación tardía es irrelevante en cuanto a sus efectos. Sea incumplimiento temporal, sea cumplimiento tardío, las consecuencias jurídicas son las mismas¹.

Existen tantas variantes de incumplimiento como causas que lo provocan. Cada una de ellas presenta aspectos tan peculiares que merecerían una atención y un tratamiento independiente. Sin embargo, quizá, sea conveniente establecer una clasificación en la que puedan encuadrarse los distintos supuestos de incumplimiento contractual para comprender mejor el tipo concreto de incumplimiento al que va referida la *mora debitoris*. Así, siguiendo la clasificación realizada por DIEZ-PICAZO², se pueden agrupar del siguiente modo:

A) Cumplimientos retrasados. En principio, integrarían este tipo aquellas hipótesis en las que en el momento prefijado para ello, el deudor no ejecuta la

¹ Aunque, a decir verdad, sería más correcto hablar de incumplimiento temporal puesto que una de las características de la situación de retraso en el cumplimiento por parte del deudor es la incertidumbre acerca del futuro cumplimiento.

² Vid. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, 1993, p.571

prestación debida, pero ésta es todavía posible y, aunque se cumpla retrasadamente es idónea para satisfacer el interés del acreedor. Dentro de este grupo estaría la mora del deudor. La inobservancia del tiempo en el que la prestación debe ser realizada da lugar a una situación de retraso en el cumplimiento que, posteriormente podrá transformarse en *mora debendi*.¹

B) Cumplimientos defectuosos. En este segundo tipo entrarían aquellos supuestos en los que el deudor ha realizado una prestación que presenta desajustes respecto de la forma en que se encontraba inicialmente programada.

En líneas generales, se puede decir que hay cumplimiento inexacto en todos aquellos casos en que la prestación efectuada no posea los requisitos subjetivos y objetivos que son idóneos para hacerla coincidir con el objeto de la obligación y para satisfacer el interés del acreedor.

C) Incumplimientos definitivos. La delimitación de esta categoría se facilita una vez realizada la de las anteriores. Se incluirían dentro de este grupo aquellos supuestos en que la prestación no ha sido ejecutada y ya no es posible realizarla tardíamente, bien porque el término fijado para ello era esencial, bien porque

¹ Digo "en principio", porque en puridad y para mantener un cierto rigor conceptual, se debería distinguir entre retraso y cumplimiento retrasado. Retraso sería aquella situación jurídica en la que se encuentra la relación obligatoria cuando, vencido el plazo dentro del que debía cumplirse la obligación, el deudor no ha cumplido y no se sabe si cumplirá o no, pero es susceptible de realizarse la prestación. Sin embargo, cumplimiento tardío o retrasado existe cuando el deudor ha realizado retrasadamente la prestación obligada. Vid., M. GIORGIANNI, *L'Inadempimento*, Giuffrè editore, Milano, 1974, p.88.

existió una causa sobrevenida que imposibilita su ejecución, bien porque el retraso es ya tan prolongado e intolerable que se frustra el fin práctico perseguido con el negocio y el acreedor está justificado para resolver el vínculo contractual¹.

D) Incumplimientos parciales: Este tipo de lesión del derecho de crédito no ha sido resaltada por DIEZ-PICAZO en su clasificación puesto que la incluye en los supuestos de ejecución defectuosa. Es más correcto separarlos de los demás, puesto que posee características propias que si bien algunas coinciden con los defectuosos y los retrasados, no necesariamente son incumplimientos de este tipo. A mi juicio poseen una naturaleza jurídica y una configuración autónoma e independiente del resto de los supuestos anteriores. Se trata de aquellos casos en los que, siendo una obligación de tracto sucesivo o duradera en el tiempo, llegado el momento de exigibilidad de la prestación o bien el deudor ha cumplido solamente parte de su obligación o bien todavía no ha hecho nada, pero al tratarse de obligaciones de ejecución continuada todavía es posible e idóneo para satisfacer el interés del acreedor un cumplimiento posterior.

A primera vista, la palabra mora significa retraso. Retrasado en el cumplimiento de su obligación se encuentra el deudor que no ha realizado,

¹ Como dice M. GIORGIANNI, *op.cit.*, p. 174, "Naturalmente es necesario no confundir el problema de la calificación de la situación descrita -se está refiriendo el autor a los casos de incumplimiento definitivo por imposibilidad sobrevenida de la prestación-, con el de la responsabilidad del deudor. Dicho en otros términos, mientras que la imposibilidad sobrevenida determina objetivamente una situación de incumplimiento definitivo, será necesario, después, ver si en aquellos casos el deudor será responsable del incumplimiento, toda vez que la prestación es imposible.

pudiendo hacerlo, la prestación debida en el término fijado para ello. Sin embargo, para poder hablar de mora no basta tan sólo la existencia de tal retraso, sino que es necesaria la concurrencia de otros elementos.

El primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil, precepto que regula esta materia, dispone que:

"Incurren en mora los obligados a dar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación". Del tenor literal de este precepto se desprende que son requisitos para que la mora exista:

En primer lugar, la existencia de una obligación positiva, pues el artículo habla de obligaciones de dar o hacer. Más adelante se verá como algunos autores propugnan la posibilidad de la existencia de mora en las obligaciones negativas, incluso existe algún ordenamiento extranjero que se decanta por esta solución.¹

En segundo lugar, que se trate de una obligación exigible, vencida y determinada. Exigibilidad, vencimiento y liquidez son términos que, sin duda, deben conectarse a los distintos tipos de obligaciones. De este modo, no cabe hablar de mora tratándose de obligaciones naturales, puesto que éstas son en sí

¹ Quizá, como primer requisito o más bien como presupuesto para que la mora exista, aunque nada diga el Código, debería anteponerse el de la posibilidad de que la prestación sea realizada tardíamente. Si la prestación ha devenido imposible definitivamente, parece claro que no estaremos ante una situación de mora o retraso, sino ante un incumplimiento definitivo y absoluto y sus consecuencias serán distintas.

mismas inexigibles. En las obligaciones a término o a plazo, para empezar a hablar de mora, es indispensable que aquél haya vencido y, en las obligaciones condicionales, que la condición haya sido cumplida. Naturalmente, para considerar el vencimiento del término sin haberse verificado la prestación como un presupuesto de la mora (o, en algunos casos, como incumplimiento definitivo) es requisito indispensable que la prestación, aún ejecutada tardíamente, sea todavía útil para el acreedor, que satisfaga su interés. Ya que, como se verá más adelante, existen casos, en los que la prestación debe ser realizada en un determinado momento, porque si fuese realizada en uno distinto, no reportaría al acreedor utilidad ninguna. Estas hipótesis, sin duda alguna, deben ser calificadas de incumplimiento absoluto y no de mora.

Cumplir con el requisito de la exigibilidad, en resumen, significaría que se hayan verificado todos los presupuestos y condiciones previstos en el título constitutivo de la obligación o en la ley para que el deudor pueda ser requerido al cumplimiento.

Más difícil resulta explicar el requisito de la determinación. En principio, parece que hace referencia a la calidad y cuantía de la prestación. Ahora bien, al tratar este punto, se debe poner en tela de juicio la subsistencia del principio "*in illiquidis non fit mora*", tan estricta y, en ocasiones, incorrectamente aplicado por nuestra doctrina y jurisprudencia a lo largo de los años para negar la

responsabilidad del deudor por el retraso en el cumplimiento de su obligación.

No se puede negar que cumplir con la exigencia de la liquidez supone el conocimiento concreto y determinado de la cantidad o calidad de la deuda. Se puede decir, en efecto, que hasta el momento en el que no se ha precisado el contenido de la prestación, el deudor no está en condiciones de cumplirla. Sin embargo, existen casos en los que con una simple operación aritmética o de juicio, el deudor, por sí solo, podría determinar la deuda, o recurrir al acreedor o incluso al juez. Parece justo que en estos supuestos, el viejo brocardo no se aplique tan estrictamente y el deudor moroso responda de su retraso.

Pero el problema de la subsistencia de la máxima "*in illiquidis non fit mora*" no pasa solamente por la cuestión de su estricta aplicación, sino también por el de su fundamento. La iliquidez viene siendo una causa impeditiva de la *mora solvendi* que no está específicamente contemplada en la ley, sino que descende lógicamente de los principios generales que presiden la relación obligatoria. La doctrina duda de la verdadera relación del requisito de la liquidez con la exigibilidad de la prestación o si más bien es un problema de imputación del retraso al deudor. Es decir, la liquidez ¿es una condición de la exigibilidad de la obligación? o ¿mide la diligencia del deudor de tal manera que lo puede situar en mora?. Los autores se muestran indecisos en la elección. La Jurisprudencia, por el contrario, continúa haciendo una aplicación estricta del brocardo.

En tercer lugar, se establece la necesidad de que el acreedor intime o requiera al deudor el cumplimiento de su obligación. Aquí, es necesario revisar la naturaleza jurídica de la intimación, su finalidad y sobre todo sus efectos.

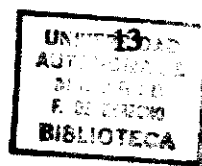
Para llevar a cabo la intimación, la ley no exige forma especial, tan sólo habla de "exigir judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación". Esta ambigüedad plantea, en la práctica, algunos problemas. A primera vista puede parecer que cualquier acto judicial es apto para constituir en mora al deudor. Con los requerimientos extrajudiciales el problema se agrava aún más. Como intimación, en principio, valdría cualquier tipo de reclamación, oral o escrita, en documento público o privado. Sin embargo, el requerimiento para ser eficaz y constituir en mora al deudor deberá cumplir al menos algunos requisitos, como pueden ser los de su claridad, determinación y concreción.

Otras cuestiones que surgen en torno a la figura de la intimación son las relativas a sus efectos. Algunos autores discuten el momento en el que la intimación comienza a surtir efecto, es decir, cuándo debe entenderse constituido en mora el deudor. ¿Viene automáticamente constituido en mora o, por el contrario, es oportuno esperar un determinado período de tiempo para verificarla, teniendo en cuenta que supone una responsabilidad agravada para el deudor?. En algunos ordenamientos extranjeros, se requiere el transcurso de un determinado

tiempo a fin de que pueda estimarse recibida o conocida por el deudor la intimación, lapso de tiempo asignado en consideración a la naturaleza o modalidad de ejecución de la prestación.

Por último, se ha hablado, y sin base en el precepto legal, del requisito de la culpabilidad del deudor. De la necesidad de que el retraso en el cumplimiento se haya debido a culpa del deudor. Este es uno de los puntos más polémicos y discutidos en esta materia. Quizá se deba a la arraigada tradición, que existe entre algunos, de entender que el deudor sólo responde por culpa. Sin embargo, dado que el artículo 1.100 del Código civil, regulador de este instituto, no dice nada al respecto, hay que entender que en esta materia rigen las mismas reglas que en la disciplina general de la responsabilidad contractual. Es decir, para exonerarse de la responsabilidad por mora, el deudor tendrá que probar la concurrencia de caso fortuito o de fuerza mayor. Por tanto, y ésta será la postura defendida en este trabajo, es necesario probar la existencia de un caso fortuito que haya imposibilitado objetivamente al deudor el cumplimiento de su obligación. Y, además, que ese impedimento no le sea imputable. Sin embargo, habrá que tratar de diferente manera a las obligaciones genéricas y en particular, las pecuniarias, en las que esta imposibilidad debe tener una relevancia bastante menor, por aplicación del principio *genus nunquam perit*.

Como se acaba de ver, la mora es un supuesto de incumplimiento



El simple retraso en el cumplimiento de la obligación, desde el punto de vista de la responsabilidad del deudor, es irrelevante. Si el acreedor no requiere al deudor la ejecución de la prestación, no podrá reclamarle una indemnización por los daños que el retraso, no denunciado, le haya causado.

Sin embargo, aquí se defenderá, la posibilidad de una resolución del vínculo contractual, tratándose de obligaciones recíprocas, siempre que el, en un principio llamado, "simple retraso", se prolongue más allá de lo razonable, de tal modo que la finalidad práctica del negocio se viese frustrada o, incluso, porque el deudor hubiese manifestado su voluntad clara de no cumplir.

Por todo ello, hay que diferenciar el simple retraso, que en materia de responsabilidad del deudor es irrelevante, del retraso jurídicamente relevante para la resolución contractual y de la *mora debitoris*, que como se verá, es relevante desde los dos puntos de vista.

En cuanto a la llamada mora automática o *ex re*, la ley es ambigua en la clasificación de aquellos supuestos en los que no es necesario el requerimiento del acreedor para que la mora exista. En esta materia, hay que interpretar lo más adecuadamente el precepto utilizando los principios hermenéuticos dispuestos por nuestro Código civil. Se pondrá en tela de juicio el valor actual de la máxima "*dies interpellat pro homine*" y se analizará la aplicación tan diversa que la

jurisprudencia hace de ella.

Además, se propugnará una ampliación o mejor utilización de las posibilidades que ofrece el legislador con la exoneración de la carga de la intimación a favor del acreedor. Quizá, esta ampliación serviría para resolver muchos de los problemas planteados hoy en día por la frecuente aparición de supuestos que, en puridad, no son hipótesis de mora *ex persona*, sino que deben verse favorecidas por la exclusión del requisito de la intimación.

Al estudiar los efectos que produce la constitución en mora del deudor, no se puede pasar por alto la indemnización de los daños causados por el retraso y la llamada "*perpetuatio obligationis*" o traslación del riesgo al deudor por el deterioro o la pérdida de la cosa debida fortuitamente. Se trata de un efecto heredado del Derecho romano y parcialmente contemplado en los artículos 1.096,3º y 1.182 del Código civil, tan sólo para las obligaciones de dar cosas específicas, cuya justificación es necesario encontrar, ya que provoca el efecto de impedir la función liberatoria de la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor, cuando el deudor esté incurso en mora.

Se tendrá, además, que estudiar la posibilidad de aplicar analógicamente a la mora del deudor, el artículo 1.896 del Código civil referente al pago de lo indebido. Ordena este precepto en su inciso final, que "no se prestará el caso

fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó". Algunos autores afirman que no existe problema alguno en entender que el deudor moroso se puede liberar de su responsabilidad probando que el caso fortuito que provocó la imposibilidad de llevar a cabo su prestación hubiera igualmente ocurrido si éste ya hubiera cumplido y, por tanto, la cosa estuviera en poder del acreedor.

Para la aplicación de este precepto a los supuestos de mora es indispensable interpretar correctamente lo que el legislador ha querido decir con "afectar del mismo modo". Es distinto entender que se refiere a las consecuencias que el caso fortuito haya generado en la cosa objeto de la prestación, que entender, como se defenderá aquí, que hace referencia al caso fortuito mismo. Es decir, y repitiendo lo que se ha dicho más arriba, hay que entender que cuando el artículo 1.896 niega efectos al caso fortuito cuando "hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del acreedor" está contemplando el supuesto de que ese mismo caso fortuito que ha imposibilitado la realización de la prestación al deudor, hubiera acaecido igualmente de encontrarse la cosa en poder del acreedor.

Por otra parte, al tratar de los efectos de la *mora debendi*, hay que estudiar los límites a la responsabilidad del deudor moroso. Dependerá de la postura que se asuma en materia de responsabilidad contractual, para optar por uno u otro

límite. Si se defienden las tesis subjetivistas o culpabilistas, tan arraigadas en nuestro Derecho, el deudor moroso sólo será responsable si su incumplimiento fue culpable. Si, por el contrario, se acogen las tesis objetivistas, no bien recibidas por la mayoría de la doctrina española, pero sí por la extranjera, se ha de entender que el deudor moroso es siempre responsable mientras no pruebe que su retraso en el cumplimiento fue debido a un hecho que escapa a su esfera de control y que ha sido imposible preverlo o previsto ha sido imposible evitarlo, es decir, a un caso fortuito objetivamente considerado.

El problema pasa a ser la definición o noción de caso fortuito y la agrupación de la variadísima gama de impedimentos sobrevenidos que pueden darse en la realidad para intentar hacer un cuadro más o menos sistemático de los que pueden liberar o no de su responsabilidad al deudor moroso. y, como hipótesis poco contemplada por nuestra doctrina, el llamado "riesgo de la excesiva onerosidad", que puede llegar a originar la resolución del vínculo contractual.

Continúa la investigación con el párrafo segundo del artículo 1.100 del Código civil, referente a la mora en las obligaciones recíprocas. Tradicionalmente, se viene diciendo que la norma constituye una regla especial de constitución en mora para este tipo de obligaciones. Para algunos, la especialidad radica en establecer una excepción a la necesidad de intimación por parte del acreedor para constituir en mora al deudor. Para otros, la especialidad es la necesidad del previo

cumplimiento de uno de los obligados para poner en mora al deudor. Son muchos los argumentos que para la defensa de ambas tesis se han traído a colación. Unos con más fundamentos que otros. Aquí, se estudiará cada una de las posturas doctrinales sostenidas por nuestros autores y se propugnará como solución la distinción entre obligaciones de cumplimiento simultáneo y obligaciones de cumplimiento no simultáneo defendida por una parte importante de nuestra doctrina.

Otro problema que plantea la constitución en mora del deudor es su relación con la resolución contractual. Para estudiar este tema es necesario, ante todo, hacer referencia al marco histórico en que ambas instituciones surgen. Desde antiguo existe una polémica sobre si es necesaria la previa constitución en mora del deudor para resolver el contrato. También, es motivo de discusión entre nuestros juristas si la mora por sí misma es causa de resolución del contrato y si el retraso en el cumplimiento, sin constitución en mora, es resolutorio o no. Para el estudio de estos problemas deben tenerse en cuenta tanto el interés atendible en la resolución, la frustración de la finalidad que se perseguía con el negocio, la falta de obtención del resultado prometido, el retraso intolerable y la manifiesta voluntad del deudor de no cumplir su obligación. Del estudio de todos estos presupuestos a tener en cuenta se podrán extraer casos de retraso susceptibles de resolución y casos de retraso no resolutorio.

El tema de la mora en las obligaciones negativas en puridad no debería ser examinado en este trabajo. Del tenor literal del artículo 1.100 del Código civil, del Derecho comparado, de la doctrina y de la jurisprudencia se desprende que no es posible la mora en las obligaciones negativas o de no hacer. Sin embargo, ya una buena parte de nuestros juristas, ante la realidad del tráfico jurídico, se están decantando por una posible revisión del tema. Si bien con la ley en la mano no es posible defender esta posición, sí se puede hacer por un mero placer dogmático.

En último lugar, hay que estudiar las causas por las que finaliza la mora del deudor. Está claro, que el deudor no puede hallarse eternamente en esta situación de especial responsabilidad o responsabilidad agravada. Se analizarán las causas de cese de la mora, en particular la idoneidad de la oferta de cumplimiento del deudor, y los efectos o consecuencias de este cese tanto para el deudor, como para la relación contractual en sí misma.

Todas estas cuestiones que plantea el instituto de la mora no pueden empezar a ser analizadas sin una previa investigación de las fuentes históricas y de Derecho comparado. Por ello, este estudio comenzará con el nacimiento de la mora en el Derecho romano, su desarrollo en el Derecho común, y su legislación en las primeras codificaciones, además de un breve recorrido por los Códigos extranjeros, que sirvan de base para contrastar su distinta o similar configuración

con la mora del deudor en el Derecho civil español actual.

Para finalizar esta introducción se puede decir, como ya se ha hecho en numerosas ocasiones por la doctrina¹, que "el interés de un estudio sobre la constitución en mora del deudor va, sin embargo, más allá de las cuestiones o problemas específicos, ya que atrapa en el fondo la propia razón de ser de este instituto y por tanto, la justificación de su presencia, por lo menos tal como está regulada actualmente, en un ordenamiento que quiera ser verdaderamente actual. El instituto de la *mora debitoris* se nos presenta hoy en día como el conjunto de la experiencia jurídica de un mundo ya superado". BENATTI dice que fue elaborado en un sistema económico-social, en el que el recurso al crédito era necesario para satisfacer las necesidades fundamentales de la existencia y era, por lo tanto, natural que, en tal ambiente, el derecho de obligaciones mirase sobre todo a la tutela del deudor.

A finales del siglo XIX, la tendencia y el esfuerzo por mejorar la condición del deudor a costa del acreedor no gozaba ya del favor de los autores. "Yo creo - escribía IHERING²- que se puede adelantar esta opinión como general: Simpatizar con el deudor es el signo más patente de que una época es débil: en ella llámase esta simpatía humanidad. En una edad llena de fuerza, se trata, ante

¹ F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milán 1968, p.8; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Milán, 1987, p.426.

² IHERING, *La lucha por el derecho*, traducción española de A. POSADA, Madrid, 1985, p.125 y 131.

todo, de que sea hecha justicia al acreedor. El derecho de hipoteca privilegiado que Justiniano concede a la esposa, viene también de esa humanidad de su corazón, de lo que no podía prescindir y que le hundía a la vez en el asombro indecible siempre que se daba una disposición nueva; pero esa humanidad es la de San Crispín, queriendo el cuero de los ricos para hacer con él botas a los pobres. El segundo de esos errores, verdaderamente funestos en nuestra moderna jurisprudencia, consiste en la teoría de la prueba que se ha establecido. Estamos tentados a creer que no ha sido descubierta más que para aniquilar el Derecho. Si todos los deudores del mundo se hubiesen concertado para matar y burlar el derecho de los acreedores, no hubieran encontrado medio mejor que ese sistema de pruebas: en vano se buscaría un matemático que lo presentase más exacto. Sobre todo, en los procesos de daños y perjuicios, llega al grado supremo de lo incomprensible. Recientemente se ha pintado en algunos escritos y de una manera tan sorprendente el odioso desorden, que para emplear la expresión de un legista romano diremos: "reina aquí en el Derecho, bajo nombre de Derecho", el contraste que ofrece el inteligente modo de obrar de los tribunales franceses, que no tenemos necesidad de añadir una palabra; pero no podemos menos de decir que va como gritando: ¡desgracia para el acusador y valor para el acusado!. Resumiendo, puede afirmarse que este grito es lo característico de nuestra jurisprudencia teórica y práctica. Ha avanzado mucho en esa vía que había comenzado Justiniano; no es el acreedor, sino el deudor quien excita su simpatía, y prefiere sacrificar el Derecho a exponerse a tratar demasiado duramente a un

deudor".

Comenta BENATTI¹ que quizá en el momento en que fueron pronunciadas estas palabras podían parecer duras y poco generosas, pero tuvieron el mérito de poner en discusión un principio (*favor debitoris*) que los tiempos posteriores han demostrado, aun por condiciones distintas, que no se adhiere a la realidad.

"Hoy, en nuestro sistema económico-social, el *favor debitoris* no puede seguir considerándose punto cardinal del derecho de las obligaciones. No sólo el crédito ha asumido una función completamente diversa a la ostentaba en el pasado, siendo un bien de producción absolutamente indispensable en el proceso económico, sino que además revisten la cualidad de deudor las medianas y grandes empresas. Efectivamente si se toman en consideración los contratos realizados entre las grandes empresas privadas y las grandes industrias, fácilmente se constata como no existe ninguna posición débil que se deba proteger, cómo no existe ningún contratante que merezca un tratamiento de particular benevolencia por parte de la ley.

En esta realidad no parecen aceptables las ideas que en el pasado han influido en la regulación de la *mora debendi*, orientada a una protección lo más amplia posible del sujeto obligado. Si a estas ideas se corresponden todavía la

¹ BENATTI, *op.cit.*, p. 9.

actual disciplina de la mora del deudor o, por el contrario, va en contra de las actuales exigencias del tráfico, es en definitiva el punto fundamental del instituto de la mora que debe ser aclarado".

Esta fue la línea de investigación que me propuse seguir en un principio. Creía que las bases para el estudio de la mora del deudor era correctas y que, por lo tanto, me llevarían a una buena conclusión. Sin embargo, según fui avanzando en el estudio de este instituto me surgieron ciertas dudas que no podía soslayar por más que leía y releía las diversas tesis doctrinales y jurisprudenciales que sobre este tema se han elaborado hasta el día de hoy.

El error más grave fue el de partir concibiendo la mora como una figura independiente y autónoma del Derecho de obligaciones. Sin embargo, esta visión más tarde me ayudó a comprender que, aunque esté dentro de todo el sistema y que es un elemento más de todo su engranaje, se diferencia de los demás y por ello se tiende a configurarla como algo especial, en una única cosa: su funcionamiento dentro de lo que llamaré sistema de riesgos. Al deudor constituido en mora, en principio, mediante intimación o requerimiento, se le atribuye el riesgo del caso fortuito, sin que, a diferencia de lo que ocurre en los

ordenamientos de nuestro entorno, el ordenamiento jurídico le permita exonerarse, por cualquier medio, de esta atribución. Es aquí, en el sistema de riesgos, donde aparece y tiene sentido la figura jurídica de la constitución en mora del deudor. No hay mora, hay constitución en mora. Se constituirá en mora a un deudor incumplidor bien *ope legis*, bien por la naturaleza de la obligación de que se trate, bien por voluntad expresa del acreedor, con la única finalidad de traspasarle todos los riesgos inherentes al contrato. Por lo tanto, se puede decir, que se puede constituir en mora a cualquier deudor que todavía deba y pueda cumplir su prestación. Una vez constituido el deudor en mora no podrá alegar el caso fortuito para exonerarse de su obligación y disolver el vínculo contractual.

Una vez que reparé en que lo que no aceptaba era la idea de que no era ni posible, ni probable, ni justo que el legislador de 1889 tratase de un modo tan diferente a los deudores retrasados que a todos los demás deudores incumplidores, exigiendo a sus acreedores el acto de la intimación para poder defender su derecho a una indemnización cuando para todos los demás no lo ordenaba, empecé a aclarar otros tantos interrogantes.

El método que empleé para verificar lo que hasta entonces era un simple esbozo de solución a mis problemas fue el seguir fielmente en mi interpretación

de estas normas los criterios hermeneúticos del artículo 3^a del Código civil¹. Así, tuve siempre presente el sentido propio de las palabras utilizadas por el legislador en todos aquellos preceptos relativos a la mora, a la morosidad y al retraso. No podía respaldar mis conclusiones en la idea de que cuando el legislador ha utilizado la expresión mora lo que ha querido decir es retraso. No se puede defender la idea de un legislador inconsciente y desordenado. Creo en la sistemática del Código aun cuando en muchas ocasiones no sea lo perfecta que sería de desear. Tuve en cuenta además el contexto en el que las normas aparecían y sus antecedentes históricos y legislativos, pero una vez llevados a cabo estos primeros pasos fue al intentar aplicar lo leído y aprendido a la realidad social del tiempo (el actual) en el que la norma, o más bien el instituto de la mora del deudor, debe ser aplicada cuando no me cuadraban los razonamientos y doctrinas volcadas hasta el momento.

¹ Como explican DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 1993, pp. 176, "No se trata de encontrar la voluntad del legislador, sino de encontrar una voluntad objetiva e immanente en la propia ley (*voluntas legis*). La ley, se dice, una vez que ha sido promulgada, se separa de su autor y alcanza una existencia objetiva. El autor de la ley ha jugado ya su papel y ha quedado detrás de su obra.. Su obra es el texto de la ley, su voluntad se ha hecho texto. las representaciones mentales, las expectativas y los propósitos del legislador que no han alcanzado expresión en la ley, carecen de obligatoriedad. Se dice en este sentido que sólo las manifestaciones de voluntad vertidas en la norma tienen valor vinculante. por tanto, sólo vale la voluntad que resulta del texto legal. Además, los súbditos deben poder confiar razonablemente en que la ley se aplicará según su sentido objetivo, es decir, según aquel sentido que, razonablemente, la ley suscite en los destinatarios, y al cual ellos amoldan su conducta, pues de otro modo su confianza y su derecho a la seguridad se verían lesionados, especialmente si con base en una voluntad del legislador averiguada *ex post* y no descubrible según el texto, se les imponen obligaciones o sanciones que eran difíciles de esperar o de suponer, dado el sentido objetivo del texto legal. En un Estado de Derecho, se dice, el autor de la ley está también sometido a ella y debe dejarla actuar incluso contra sí mismo. Por ello, se añadirá, la interpretación objetiva constituye el sistema más idóneo para completar y facilitar el progreso del ordenamiento jurídico. Sólo una interpretación objetiva es capaz de hacer frente a los problemas planteados por fenómenos y situaciones que el legislador histórico no ha conocido ni ha tenido por qué conocer. El intérprete debe adaptar incesantemente el ordenamiento jurídico, que está él mismo en incesante renovación, pues dentro de él cada nueva disposición irradia una fuerza sobre las anteriores y, en definitiva, sobre el entero conjunto".

Históricamente, y se analiza más adelante, la mora surge en el seno del Derecho romano que, como se sabe, es de carácter casuístico. Ahora bien, cada vez que aparece en las fuentes un verdadero caso de *mora debendi*, porque como se verá los jurisconsultos romanos utilizaban la expresión mora para referirse tanto al simple retraso como a la mora en sentido estricto, el supuesto analizado por los prudentes es el acaecimiento de un caso fortuito, una vez que el deudor ya se había retrasado en realizar lo prometido, suceso que le provocaba la imposibilidad total de cumplir su obligación.

Estudiando el Derecho comparado pude confirmar que la regulación de la mora del deudor en los ordenamientos extranjeros era muy similar a la del Código civil español y que cronológicamente los últimos códigos elaborados aprendían de los errores y discusiones originadas por los anteriores y llevaban a cabo una regulación más detallada.

Siguiendo la interpretación sistemática llegué a preguntarme el por qué de la colocación del artículo 1.100 entre los preceptos del Código que regulan de modo general la atribución de los riesgos inherentes al contrato y antes de los relativos a la indemnización de los daños y perjuicios causados por la inexecución del contrato. La finalidad que persigue la constitución en mora del deudor es la de atribuirle los riesgos que, a partir del momento del incumplimiento o de la intimación, de manera fortuita puedan afectar a la buena marcha del negocio

jurídico proyectado. Ello quiere decir, entre otras cosas, que para que el deudor retrasado responda de los daños derivados de su tardanza en ejecutar la prestación no es en absoluto necesario constituirle en mora. La indemnización de los daños en este punto sigue las mismas reglas establecidas por el legislador para cualquier tipo de contravención contractual. No se ve el motivo para tratar de diferente manera a un incumplidor retrasado que a cualquier otro tipo de incumplidor. El sistema de daños trazado en nuestro ordenamiento, como viene reiterando desde hace ya tiempo gran parte de nuestra doctrina, es un sistema objetivo. El deudor incumplidor, por el solo hecho de serlo, responde, en principio, de los daños y perjuicios causados por su incumplimiento. Únicamente se podrá exonerar probando la existencia de un caso fortuito. ¿Por qué entonces se debería hacer una excepción con los deudores retrasados?

Conviene, además, distinguir el caso fortuito de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Esta última, sin duda, forma parte de los riesgos inherentes al contrato y como tal deberá atribuírsele a una de las partes contratantes mediante los criterios de imputación. Si no le es imputable, el deudor quedará exonerado porque se trataría de un caso fortuito, si por el contrario fuera imputable al deudor, responderá de los daños y perjuicios conforme a las reglas de cuantificación del daño previstas en los artículos 1.107 y siguientes del código civil. En este punto no se puede estar de acuerdo con aquellos autores españoles que afirman que "no existe otro camino que el de la imposibilidad sobrevenida si

se quiere elaborar una doctrina del incumplimiento rigurosa, armónica y completa y que se lamentan de que el Código civil español no cuente con unas pautas como las que proporcionan los artículos 1.218 y 1.256 del Código civil italiano de 1942". Discrepo de esta opinión puesto que nuestro Código civil no necesita remodelar la normativa general de las obligaciones, sino interpretarla adecuadamente. Imposibilidad sobrevenida de la prestación no es sinónimo de caso fortuito. Ante impedimentos que no sean dolosos o negligentes y por consiguiente, sin grave dificultad, imputables al deudor, existen muchos otros que permanecen en una zona gris y que se debe decidir si pertenecen o no al ámbito de responsabilidad del deudor o si bien corren a riesgo y cuenta del acreedor, siempre y cuando, además, no lo hayan establecido convencionalmente las partes. Es un problema de imputación, además, de imputación objetiva. Será la política económica, jurídica o social la que determine en cada momento histórico qué parte de la relación obligatoria debe asumir ese riesgo, o, lo que es lo mismo, a quién le debe ser imputado ese suceso sobrevenido. Si no ha sido imputado a ninguna de las partes de la relación, será un caso fortuito. El caso fortuito viene definido en el artículo 1.105 del Código civil como "aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables". Es el caso fortuito así considerado, objetivamente, la única causa de exoneración de responsabilidad ("fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá..."). La "imposibilidad sobrevenida no imputable" de los italianos es nuestro caso fortuito y la imputable está

contemplada, si se quiere contemplar, en el propio artículo 1.101 dentro de los supuestos dolosos y no dolosos de los que hace responder al deudor y, en todo caso, en la lectura negativa que se debe hacer del artículo 1.105 para averiguar lo que no es caso fortuito. Todo lo que no entre dentro de la noción objetiva de caso fortuito, será causa imputable al deudor. El problema aparece cuando se deben establecer los criterios que determinan la imposibilidad sobrevenida imputable y no imputable. En cada época o momento histórico son diversos estos criterios ya que el ordenamiento jurídico está condicionado por las transformaciones y avances tecnológicos y muchos eventos que hasta hace algunos años entraban dentro de la noción de caso fortuito hoy ya han pasado o deben pasar a englobar las listas de imposibilidades sobrevenidas imputables. La imputabilidad de estos sucesos se debe llevar a cabo mediante criterios subjetivos como el de la culpa-diligencia y objetivos como el de la esfera económica del deudor (hecho de los auxiliares, riesgos típicos de la actividad profesional realizada y de su organización empresarial). Pero, aunque en nuestras leyes no aparezcan regulados estos impedimentos sobrevenidos no significa que no se puedan deducir de él. Por todas estas razones no se puede defender la necesidad de trasladar el precepto italiano al Código civil español. Es más, la redacción del artículo 1.218 del actual Código civil italiano, reelaborado en la reforma del Código abrogado de 1865, se debe, como se explicará, a las grandes discusiones doctrinales que originaba la expresión "extraña al deudor" referida a la imposibilidad sobrevenida, ya que algunos quisieron ver en ella el fundamento

para una responsabilidad subjetiva o por culpa, mientras otros la rechazaban. "Quien recorra, dice RESCIGNO, la historia de las ideas y confronte su desarrollo con el "sistema" del Código se ve necesariamente obligado a revisar en éste último los signos de una autorizada doctrina que se fue formando en Italia a partir de principios de siglo y más claramente desde los primeros años de la Primera Guerra Mundial (es la época en la que se consolida la organización sindical y se hace camino, unas veces más tímidamente, otras más violento, el recurso a las huelgas), la inestabilidad de la moneda que lleva a repensar críticamente la lógica y problemática de las obligaciones pecuniarias, la economía de guerra y la intervención estatal que limitan la libertad de iniciativa económica y la disponibilidad de los bienes (piénsese solamente en los arrendamientos), asumen, a partir de ese momento, carácter de eventos habituales o por lo menos de tal frecuencia y asiduidad que dejan su huella en la estructura de las relaciones obligatorias. Aparece, por ello, más idónea a la seguridad del tráfico una concepción rígidamente objetiva del incumplimiento y de la responsabilidad: traducida en "regla" (y en el Código vigente confiada al art. 1.218), la doctrina entiende que es el incumplimiento lo que fundamenta la responsabilidad contractual y no el incumplimiento culpable. Incumplimiento equivale a prestación inejecutada y mientras la ejecución resulte abstractamente posible no existe justificación alguna para el deudor, al que no le basta la prueba de la diligencia empleada. El único límite a esta responsabilidad lo constituye la imposibilidad, como la norma la entiende, mutando la expresión del lenguaje ordinario y de la

experiencia común y contraponiéndola a la excesiva dificultad de cumplir para hacerla consistir el sucesos ajenos a la esfera de influencia del deudor (y de este modo "causa no imputable" deviene una fórmula comprensiva de una terminología que persiste en la variedad de expresiones como caso fortuito, fuerza mayor, causa ajena, etc..)"

Como aclara VISINTINI "la noción técnico-jurídica de "causa no imputable" en la que confluyen los conceptos tradicionales de caso fortuito, fuerza mayor, causa extraña no imputable que figuraban en el Código abrogado, y que todavía se encuentran hoy en alguna norma específica, se reconstruye hoy en día con el significado de la objetiva referencia causal entre la imposibilidad y los factores extraños a la esfera de control e influencia del deudor cuyas consecuencias son inevitables. Los criterios de imputabilidad de los impedimentos, que originan la permanencia de la responsabilidad contractual a pesar de que la prestación haya devenido imposible, son corresponsivos a la cualidad de los sujetos, a la esfera de actividad desarrollada y a la función económica del contrato. La inevitabilidad del impedimento por parte del deudor se valora respecto a todas las medidas y criterios concretos posibles y no sólo a aquellos derivados del parámetro de la diligencia ordinaria".

La investigación, una vez aclarada la función de la constitución en mora del deudor incumplidor, cambió sus bases. Los interrogantes a los que ahora hay

experiencia común y contraponiéndola a la excesiva dificultad de cumplir para hacerla consistir el sucesos ajenos a la esfera de influencia del deudor (y de este modo "causa no imputable" deviene una fórmula comprensiva de una terminología que persiste en la variedad de expresiones como caso fortuito, fuerza mayor, causa ajena, etc..)"

Como aclara VISINTINI "la noción técnico-jurídica de "causa no imputable" en la que confluyen los conceptos tradicionales de caso fortuito, fuerza mayor, causa extraña no imputable que figuraban en el Código abrogado, y que todavía se encuentran hoy en alguna norma específica, se reconstruye hoy en día con el significado de la objetiva referencia causal entre la imposibilidad y los factores extraños a la esfera de control e influencia del deudor cuyas consecuencias son inevitables. Los criterios de imputabilidad de los impedimentos, que originan la permanencia de la responsabilidad contractual a pesar de que la prestación haya devenido imposible, son corresponsivos a la cualidad de los sujetos, a la esfera de actividad desarrollada y a la función económica del contrato. La inevitabilidad del impedimento por parte del deudor se valora respecto a todas las medidas y criterios concretos posibles y no sólo a aquellos derivados del parámetro de la diligencia ordinaria".

La investigación, una vez aclarada la función de la constitución en mora del deudor incumplidor, cambió sus bases. Los interrogantes a los que ahora hay

que dar respuesta son bien diversos. Siguiendo las líneas de trabajo antes trazadas se pueden resumir los cambios de la siguiente manera:

Queda en pie la idea de que para hablar de mora no basta tan sólo la existencia de un retraso del deudor en el cumplimiento de su obligación, sino que es necesaria la concurrencia de otros elementos. Aquí, y como ha dicho antes, se puede afirmar que puede constituirse en mora a todo tipo de deudores incumplidores. El dato que debe verificarse es la posibilidad e idoneidad de un cumplimiento tardío, por lo tanto, y teniendo en cuenta la finalidad de la constitución en mora del deudor, podrán serlo, en principio, los deudores retrasados, los defectuosos y los parciales. El artículo 1.100 del Código civil dice claramente "los obligados a dar o a hacer alguna cosa", por consiguiente no existe ningún inconveniente en aceptar la posibilidad de una constitución en mora de todo tipo de deudor mientras esté obligado a dar o a hacer alguna cosa. Además, se puede afirmar que sólo cabe hablar de mora en las obligaciones positivas por el propio tenor literal del precepto que la prevé en las obligaciones de dar y de hacer y por la finalidad de tal constitución.

Antes se ha dicho que los requisitos de exigibilidad, vencimiento y liquidez de la obligación eran inherentes a la noción de mora. Sin embargo, esta afirmación no es del todo correcta. La exigibilidad no es requisito de la mora sino del incumplimiento en sí mismo. No hay incumplimiento, se dice, si la obligación

no es exigible y para ello es necesario que ésta haya vencido y que sea líquida. Liquidez y vencimiento se predicán de la exigibilidad y por consiguiente de la fase anterior a la constitución en mora, es decir, del incumplimiento o inejecución de la obligación. Es en este momento en el que se debe dudar de la aplicación de la máxima *"in illiquidis non fit mora"*, puesto que si la obligación no es líquida no es que no haya mora sino lo que no existirá, en todo caso, es retraso en la obligación. Se puede pensar que se está otra vez ante una interpolación de los comentaristas de las fuentes romanas. Ya se ha dicho que en multitud de ocasiones los jurisconsultos romanos utilizaban la expresión mora para referirse al simple retraso y que, sin embargo, esta regla hace más bien referencia al requisito de exigibilidad de la obligación. Ahora bien, no se ha encontrado en las fuentes todavía el origen de este brocardo. De cualquier modo, y se estudiará, la iliquidez de la deuda debe ser analizada detalladamente, pues es un arma de doble filo. El deudor incumplidor puede siempre alegar la iliquidez de su deuda para exonerarse de su responsabilidad. Cuenta, además, con una doctrina jurisprudencial reiterada que le respalda. Desde mi punto de vista, esta máxima no puede continuar siendo aplicada en sede de constitución en mora del deudor, sino que deberá ser tratada en relación a la responsabilidad contractual. O bien la deuda es absolutamente ilíquida y por tanto inexigible, en cuyo caso queda zanjada la cuestión, o bien la deuda es líquida aunque lo sea parcialmente. Deberá decidirse si el deudor tenía o no los medios adecuados a su alcance para hacerla líquida. Esto quiere aproximar la idea de que la liquidez de la deuda debe ser

enjuiciada desde el criterio de la imputabilidad o no del deudor en el incumplimiento. Los deudores no pueden seguir escudándose en el requisito de la iliquidez de la deuda para exonerarse de su responsabilidad cuando contaban con todos los medios a su alcance para determinar su cuantía o cualidad. Deberán por lo menos haber intentado liquidarla o bien haber realizado un cumplimiento parcial de su obligación basándose en el conocimiento que tuvieran del montante base de su deuda. Será, por tanto, cuando se trate de la imputación del incumplimiento al deudor cuando se analice el tema de la liquidez de la deuda.

Otro punto que trataré separadamente, y que antes había decidido analizar dentro de los efectos de la constitución en mora y más concretamente al estudiar la indemnización de los daños y perjuicios (que ahora ya no entra en el capítulo dedicado a la constitución en mora del deudor pues, como se explicará más adelante, no es necesaria la constitución en mora para hablar, de manera general, de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de cualquier tipo de incumplimiento), es el de los intereses moratorios. Las obligaciones pecuniarias por su especial configuración y regulación en el ordenamiento han de examinarse de manera independiente a los demás supuestos de *mora debendi*. Es el propio artículo 1.108 del Código civil el que le otorga un carácter excepcional: "Si la obligación consistiera en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriera en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el

interés legal". Este precepto es una excepción a la regulación general de la cuantificación del daño derivado del incumplimiento que realiza el ordenamiento en el artículo 1.107. Los requisitos de aplicación de la norma son la existencia de una obligación pecuniaria incumplida y la constitución en mora del deudor. Estudiando este artículo el mayor interrogante que encontré es el de la posibilidad de que el acreedor de una obligación pecuniaria pueda ser indemnizado por los daños que le haya originado el retraso en el cumplimiento sin necesidad de una previa constitución en mora. Si se defiende como se hace en este trabajo que la constitución en mora sirve únicamente para trasladarle al deudor el riesgo de un caso fortuito, sin posibilidad de exonerarse mediante la prueba de su diligencia (artículos 1.096.2^a, 1.182 y 1.183 del Código civil), ¿cómo se explica que el ordenamiento establezca la necesidad de constitución en mora, tratándose de obligaciones dinerarias, para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios?. ¿Por qué no la ha establecido para la indemnización de cualquier otro tipo de incumplimiento? ¿Significa que no es necesaria la constitución en mora para la indemnización por el retraso en los demás tipos de obligaciones? ¿Cuál es la razón de ser de esta excepción? ¿Hace referencia tan sólo a la cuantificación del daño y no a la responsabilidad contractual del deudor?, ¿automatiza también la responsabilidad del deudor de una obligación pecuniaria que se retrasa o sigue en este punto la regla general?, ¿por qué la fija en el interés legal del dinero? ¿tiene el acreedor la posibilidad de solicitar una indemnización mayor a la dispuesta legalmente?. Las respuestas a estos interrogantes podían ser varias, unas más

convincientes que otras. En un principio quise interpretar que cuando la norma habla de incurrir en mora, lo que en realidad quería decir era retraso, pero a estas alturas de desarrollo y elaboración de doctrinas en torno a este precepto me parecía inaceptable, sobre todo cuando se defiende como se hace a lo largo de esta investigación la figura de un legislador lógico y racional. Cuando el precepto ha establecido la constitución en mora, no ha querido decir retraso. Además hubiera sido indiferente, puesto que se trate de mora o de retraso, la excepción está establecida. Más tarde, pensé que los daños a los que hacía referencia el artículo son los posteriores derivados de la constitución en mora y no a los anteriores, derivados del retraso en sí mismo considerado. El precepto dice "y *el deudor incurriere en mora*", sin embargo esta solución no parecía probable si se tenían en cuenta los precedentes legislativos. El Código Civi francés dice que en las obligaciones que se limitasen al pago de una cierta suma, los daños y perjuicios derivados del retraso en la ejecución no consisten nunca mas que en la condena a los intereses fijados en la ley. Estos daños y perjuicios son debidos sin que el acreedor esté obligado a justificar pérdida alguna desde el día de la demanda, excepto en el caso de que la ley los haga devengar de pleno derecho". Habla, por tanto, de retraso y no de mora. Los daños a los que se refiere esta indemnización son a los causados por el retraso. Naturalmente que esto debe ser así, puesto que no hay daños por la mora, porque la mora, tal y como se ha configurado en este trabajo, no es un incumplimiento, sino un efecto más del incumplimiento. La mora es la situación en la que se encuentra un deudor que

todavía puede cumplir y que ha sido intimado, cuando así sea necesario, por su acreedor con la finalidad de traspasarle los riesgos de un posible caso fortuito. Se debe aclarar que son daños derivados del incumplimiento en sí mismo considerado. Se suele comunmente hablar de daños causados por el retraso al hablar de deudas de dinero, puesto que sólo es posible incumplir esta obligación retrasadamente. Por su propia naturaleza, obligaciones genéricas por excelencia, las deudas dinerarias son siempre susceptibles de cumplimiento y, por consiguiente, los daños derivados de una inejecución serán siempre de una inejecución temporal. Por este motivo se tiende a simplificar y a hablar de daños causados por el retraso en el pago de una suma de dinero. Si esta proposición es cierta, ¿qué finalidad tiene el establecer una excepción a la regla general de la cuantificación de los daños por incumplimiento del artículo 1.107 del Código civil?. Pues bien, y es lo que se defenderá aquí, el artículo 1.108 privilegia al acreedor de una obligación pecuniaria incumplida dispénsandole de toda prueba del daño sufrido por el retraso, y automatizando, por lo tanto, la cuantificación, siempre y cuando cumpla con una carga, la constitución en mora de su deudor. Si el acreedor desea ser indemnizado automáticamente por el daño, que la propia norma cuantifica en el interés legal, sin necesidad de prueba alguna del mismo y del nexo de causalidad entre el incumplimiento y aquél, que es la regla general, deberá constituir en mora a su deudor. Esto no significa que si el acreedor quiere solicitar una indemnización mayor o no haya intimado a su deudor no pueda acudir a la vía general del artículo 1.107, pero, eso sí, deberá probar el daño. En

esta norma se comprueba cómo cada vez que el legislador privilegia a una de las partes de la relación obligatoria haciendo una excepción a las reglas generales le obliga a soportar una carga, en este caso, la constitución en mora. GARCIA GOYENA explicaba, además, que la dificultad de calcular los daños por la mora o retardo en el pago, cuando la obligación es de suma o cantidad cierta, ha movido al legislador a fijarlos desde luego en el interés legal si no se pactó otro, de manera que a esto queda reducida la responsabilidad del deudor moroso, si bien el acreedor queda relevado de toda prueba, porque su pérdida es evidente. "El fundamento último de la regla, dice DIEZ-PICAZO", se encuentra en su inserción, en la estructura de una economía monetaria, en la cual todo poseedor de dinero encuentra a su disposición de modo inmediato la posibilidad de obtener una retribución, colocando el dinero a interés. El dinero es un bien fructífero y la fructificación se produce por sí sola. Ello lleva aparejada la idea de un automatismo en la medida del daño emergente y del lucro cesante". En estas palabras se encuentra una explicación razonable a la exigencia del acto de constitución en mora por parte del acreedor, su pérdida es evidente. Parece claro que el legislador no pretende ser excesivamente gravoso para los deudores y, por ello, establece de motu proprio un cálculo de los daños en las obligaciones pecuniarias. Ahora bien, esta norma es de carácter dispositivo y por consiguiente, las partes pueden pactar un interés distinto, que en ningún caso podrá ser usurario. Además, ya se ha dicho, el acreedor podrá solicitar una cantidad distinta a la pactada si renuncia a la automaticidad del artículo. Y, por último, este artículo no

se aplicará a supuestos especiales para los que la propia ley contempla una solución diversa como puede ser el caso de la fianza, las aportaciones de suma de dinero en el contrato de sociedad o la responsabilidad del mandatario.

En cuanto a la acción de resolución del contrato se continuarán examinando las cuestiones que estaban ya propuestas, aunque se intentará defender la posibilidad de la resolución del vínculo contractual sin necesidad de previa constitución en mora por dos razones fundamentalmente. Primero porque la propia demanda de resolución, siguiendo las tesis más avanzadas, equivaldría a una intimación. Segundo y más importante, porque si la constitución en mora tiene como finalidad la *perpetuatio obligationis*, es decir, la traslación de todos los riesgos al deudor y la no extinción de la obligación, no tiene sentido alguno constituir en mora a un deudor con la finalidad de resolver el contrato. El requerimiento resolutorio exigido en el artículo 1.504 del Código civil únicamente para la compraventa de inmuebles con pago aplazado no es extensible a todos los demás casos de resolución y, en cualquier caso, ha de tratarse de un requerimiento distinto al exigido para la constitución en mora del deudor. No se puede restringir el supuesto de hecho del artículo 1.124 del Código civil que establece que "el Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo". Este precepto ordena que se decrete la resolución, derecho potestativo otorgado al acreedor cumplidor, salvo que existan causas justificadas, que el Tribunal en cada caso deberá expresar, que le autoricen a

señalar un plazo para el cumplimiento. Estudiando la doctrina jurisprudencial acerca de la resolución de los contratos se puede apreciar claramente que, generalmente, el Tribunal Supremo es reacio a decretar la resolución y que se justifica con doctrinas que son manidas como la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, la conducta obstativa al cumplimiento, la frustración del fin práctico perseguido con el negocio, el principio de conservación de los negocios, etc.. En aquellos casos que por mandato legal han de ser excepcionales y justificados, en que admita la resolución contractual el Tribunal ha de señalar un plazo para el cumplimiento y si vencido el plazo el deudor no ha realizado su prestación, el contrato se entenderá automáticamente resuelto sin necesidad de requisito ulterior.

Creemos que el Tribunal Supremo con su defensa a ultranza de esta doctrina perjudica la buena marcha del tráfico jurídico puesto que propicia los incumplimientos al estar exigiendo para la resolución contractual que las conductas sean reprobables, negando el derecho que se le otorga al acreedor que ha cumplido a desvincularse de su relación contractual con un sujeto que no le merece ya confianza alguna. El acreedor que insta la resolución, sin olvidarnos que él ha cumplido lo prometido, es porque quiere desligarse del vínculo que le une con su deudor, si no fuera esta la causa solicitaría el cumplimiento. El propio artículo 1.124 incluso le permite, si ya ha optado por el cumplimiento, solicitar la resolución si la prestación ha devenido imposible. Con esta restricción, se está

concienciando también al acreedor de que no se puede jugar con las relaciones contractuales. Ahora bien, todas las medidas que se otorgan ante un incumplimiento, es decir, la resolución, la constitución en mora, la pretensión de cumplimiento, y todas ellas con la indemnización de los daños tienen una finalidad claramente aleccionadora. Se dirige a los deudores incumplidores. Deben cumplir sus obligaciones porque, de otro modo, se resolverá el vínculo, deberán indemnizar los daños causados y si, además, en el interin el objeto de la prestación devino imposible, aun por caso fortuito, será responsabilidad suya. Si nuestra Jurisprudencia no corta de raíz, aplicando estrictamente estos preceptos legales y la tendencia de los deudores al incumplimiento, el tráfico jurídico se verá perjudicado. No sería tan necesario, como lo es ahora, que los contratantes pacten cláusulas penales, condiciones resolutorias, pactos comisorios y todas las previsiones imaginables para cualquier tipo de desviación del programa, si estuvieran seguros que los derechos que el Código civil les otorga, que los medios de defensa de su derecho de crédito pueden ser ejercitados sin tantos obstáculos y cortapisas.

Como ya se ha dicho, no creemos en la necesidad de pervivencia de la doctrina jurisprudencial de la llamada "voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento", puesto que si se defiende un sistema objetivo de responsabilidad contractual no se ve la razón de defender la necesidad de que concurren elementos de carácter subjetivo como es el de la voluntad que haya tenido, o tenga el deudor

en un futuro o en el pasado, en el cumplimiento de su obligación. El artículo 1.124 del Código civil requiere para actuar la resolución contractual que el demandante haya cumplido previamente su obligación y que el demandado haya incumplido, por su parte, la suya. Creemos que en todo caso, lo único que se podría exigir para estimar la resolución, si nos adherimos a la defensa del principio de la conservación del negocio, es que el incumplimiento le fuera imputable al deudor. Aun con ésto, se defenderá aquí la idea de que el principio de la autonomía de la voluntad debe ser tenida en cuenta con la misma férrea convicción que el principio de conservación del negocio y que si el ordenamiento otorga, sin restricción de algún tipo, a un acreedor la facultad, un derecho potestativo, de resolver el vínculo contractual, no se ve motivo alguno para limitarla. Además si se siguen las tesis subjetivistas defendidas por la jurisprudencia en esta materia, no se aprecian razones suficientes para tener mayor consideración a un deudor incumplidor (cuya conducta han de suponer reprochable) en perjuicio de un acreedor que si ha cumplido y que ya no está interesado en la continuación del vínculo contractual. Si se acepta que ante una imposibilidad sobrevenida, imputable al deudor, es decir objetiva y fortuita, se puede ejercitar la resolución contractual, no se entiende porqué se viene exigiendo la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del deudor incumplidor, que ya ha demostrado en una ocasión su falta de respeto hacia el vínculo contractual, para que el acreedor pueda accionar la resolución del contrato.

En último lugar, si se quiere intentar llevar a cabo una definición de la constitución en mora del deudor sólo se puede hacer entendiendo lo que significa la mal llamada *perpetuatio obligationis* o traslación del riesgo al deudor. Se critica esta expresión porque tiende a hacer pensar que si tiene lugar un caso fortuito no se extinguirá la obligación del deudor, cosa absolutamente imposible. El caso fortuito, objetivamente considerado, extingue la obligación primitiva del deudor, transformándola o novándola por la obligación de dar el equivalente (*la aestimatio*), que nada tiene que ver, como se defenderá en este trabajo, con la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

En nuestro ordenamiento, el riesgo de la pérdida o destrucción fortuita de la cosa debida viene regulado de manera general para todo tipo de obligaciones en los artículos 1.096.3º y 1.182 y siguientes del Código civil. El primero de ellos establece que "si el obligado se constituye en mora...serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que realice la entrega". No cabe duda de la necesidad de la constitución en mora como exigencia indispensable para la aplicación de la norma. El 1.182, primero que regula la pérdida de la cosa debida, por su parte dispone que "quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de que éste se haya constituido en mora". Son precisamente las obligaciones de dar una cosa determinada las únicas susceptibles de pérdida o destrucción, puesto que las genéricas, en principio, se pueden, por su propia naturaleza, cumplir siempre.

3º) El deudor constituido en mora, al que se le presume culpa en la pérdida de la cosa, no extingue su obligación por este suceso.

4º) Si la cosa no estuviera en su poder y se perdiera no se presume la culpa, pero al estar constituido en mora no se extinguiría su obligación, sería el acreedor quien debería probar que no fue un caso fortuito sino que se debió a culpa del deudor.

5º) El legislador de 1889 no introdujo la prueba de que la cosa se hubiera igualmente perdido o destruido de haber estado en poder del acreedor porque ya se establecía en el artículo 1.183 una posibilidad de prueba en contrario de manera general.

Esta podría ser una posible interpretación de este conjunto de normas, sin embargo, en mi opinión, hay varios inconvenientes. El primero es saber qué finalidad tendría reiterar lo ordenado en el artículo 1.096.3º, en relación con el 1.105, es decir, para qué volver a decir que el deudor en mora responde de los casos fortuitos si ya lo dice el 1.096.3º. (más bien decirlo "a contrario"). El segundo es que el 1.182 habla de culpa y constitución en mora. Como ya se ha dicho, difícilmente puede hablarse de caso fortuito y culpa, puesto que la culpabilidad o negligencia excluyen, desde antiguo, el caso fortuito. En tercer

lugar, el artículo 1.183 comienza diciendo "siempre que la cosa esté en poder del deudor" y no se pueden hacer excepciones a un "siempre", salvo que la propia ley lo haga o se trate de un "*numerus apertus*". Creo que se refiere al deudor en general y no al constituido en mora, porque si fuera así sería, otra vez, una repetición de lo ordenado en el 1.096.3º puesto que no haría falta presumir nada cuando el 1.096.3º, establece la asunción de los casos fortuitos al deudor constituido en mora. Por último, el final del 1.183 es "y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096". Es precisamente esta expresión la que da lugar a pensar que todo lo regulado en estos artículos no tiene por qué contradecir, sino más bien complementar o desarrollar lo ordenado en el 1.096. Por todas estas razones, la interpretación que se debe intentar realizar de la mal llamada *perpetuatio obligationis* es sistemáticamente la siguiente:

1º) El artículo 1.096.3º del Código civil hace asumir los riesgos del caso fortuito al deudor constituido en mora, sin más detalle.

2º) Es una excepción a lo dispuesto en el artículo 1.105 del Código sobre el caso fortuito como exoneración de la responsabilidad. Pero una norma está situada en el sistema de riesgos de un posible incumplimiento y la otra en el de la responsabilidad por los daños causados por el mismo. Esto es así, desde mi punto de vista, porque el deudor retrasado que ha sido constituido en mora asume los riesgos del caso fortuito, es decir, su obligación aunque devenga objetivamente

imposible de cumplir se transformará en cumplimiento por equivalente, y se podría pensar, si no fuera porque el artículo 1.096 utiliza una expresión tan indeterminada como "serán de su cuenta", que no tendría porqué responder, en vía indemnizatoria, de los daños y perjuicios causados por su incumplimiento salvo que la ley o la obligación así lo dijera expresamente (artículo 1.105 del código civil).

3º) El artículo 1.182 es aplicable a todos los deudores. Es decir, si la cosa se pierde por la negligencia del deudor, aunque no esté constituido en mora, la obligación no se extingue, se transforma en su equivalente (aestimatio). Esto debe ser así, porque como se ha dicho, el concepto de caso fortuito se riñe con la culpa. Esta afirmación se fundamenta en la obligación de custodia que impone el artículo 1.094 a todos los deudores de dar al disponer que "el obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia". La alusión a la culpa como se ha explicado no puede hacer referencia al constituido en mora porque el 1.096.2º no la requiere y además si fuera así ¿qué situación agravada tendría el deudor en mora que no tuvieran los demás deudores, porque por culpa responderían todos?. Los deudores constituidos en mora no extinguen su obligación por el acaecimiento de un suceso fortuito que impida el cumplimiento de su obligación.

4º) El artículo 1.183, haciendo hincapié en la obligación de custodia, establece una presunción *iuris tantum* de negligencia del deudor que éste podrá destruir.

5º) Cuando en el inciso final permite la prueba en contrario "y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1.096", lo que establece es una presunción *iuris et de iure* de la culpabilidad del moroso. Es decir, el deudor moroso no podrá probar que se trató de una pérdida efectivamente fortuita para extinguir su obligación, que perdurará hasta que cumpla ("hasta que realice la entrega", algo imposible en caso de obligaciones de dar cosa determinada, que por consiguiente, sustituirá por el cumplimiento por equivalente).

6º) El legislador de 1889 no introdujo la excepción contemplada por GARCIA GOYENA y en el Código civil francés y el italiano de la prueba de que la cosa se hubiera igualmente perdido o destruido estando en poder del acreedor, porque es precisamente la cualidad de presunción *iuris tantum* de culpabilidad en la pérdida la que distingue el efecto de la constitución en mora sobre el riesgo de todos los demás casos de no constitución en mora.

Sea una u otra interpretación la que se acabe admitiendo lo que parece claro, y se intentará demostrar a lo largo de este trabajo es que la constitución en mora del deudor es aquella situación jurídica de especial responsabilidad en la que se encuentra la parte incumplidora de la relación obligatoria, al haber sido intimada a este efecto por su acreedor cuando la ley así lo exija. Situación que se concreta en la no extinción de su obligación por caso fortuito.

PRIMERA PARTE

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS.

EL DERECHO COMPARADO.

CAPTULO PRIMERO:

LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR DEL DERECHO ROMANO A LA CODIFICACIÓN

I.- LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR EN EL DERECHO ROMANO

Escribió Pomponio, *12 epist.*, que "es difícil la definición de la mora. El emperador Antonino Pío decía en un rescripto dirigido a Tulio Balbo que no se puede decidir si se entiende que hay mora por ninguna constitución imperial ni por ninguna respuesta de los autores de Derecho, ya que es más bien una cuestión de hecho que de Derecho" (*Marciano, Dig. 22, 1, 32, pr.*).

El estudio de cualquier figura jurídica de abolengo tiene que empezar por el Derecho romano, no porque subsista, en su totalidad, entre nosotros, sino porque el hilo hay que tomarlo desde el principio. La mora es una institución que nace y tiene su origen en el seno del Derecho romano. Si bien es cierto que en la lectura de las fuentes se aprecia un gran desarrollo de los problemas relativos al retraso en el cumplimiento de las obligaciones, no se puede establecer exactamente cuándo los jurisconsultos se preocuparon de ellos y los resolvieron por primera vez.

El concepto de mora, observa CUQ¹, no existía en los primeros tiempos de la historia del Derecho, sino que surgió en una época en la que se empezó a tener alguna dosis de benevolencia hacia el deudor. En en Derecho primitivo, a los deudores se les dejaba a merced de sus acreedores, quienes podían utilizar los medios más enérgicos para obligarles a cumplir la obligación. Sólo en una época más tardía se comprendió que el retraso en sí y por sí mismo no presupone necesariamente la culpa del obligado y se empezó a diferenciar un retraso de otro, dependiendo de la causa que lo hubiera determinado, y se estableció en qué casos el deudor debía o no soportar las consecuencias del mismo. Con el transcurso del tiempo, se introdujeron algunas causas de exoneración de la responsabilidad del deudor, como, por ejemplo, los eventos naturales que hubieran originado la imposibilidad de realizar la prestación o cualesquiera otros que fuesen inevitables e imprevisibles por parte del obligado al cumplimiento.

¹ Ver en MONTEL, "La mora del debitore", ed. Cedam, Padova 1930, p. 12 y ss. sin embargo, la figura de la mora no permite hablar de *favor debitoris*, puesto que su función es la de traspasar al deudor retrasado y constituido en mora mediante intimación o requerimiento, los riesgos por la pérdida de la cosa debida. Como se verá más adelante, y es la tesis aquí defendida, en todos los pasos de las fuentes romanas cuando se habla de constitución en mora se trata de supuestos de pérdida de la cosa debida (generalmente, la muerte del esclavo Estico, lo que no significa que fuera siempre una obligación de dar específica, sino que los casos más comunes eran éstos). No se puede defender o afirmar la piedad de los jurisconsultos hacia los deudores morosos cuando, por ejemplo, se lee en D. 22. 1. 33. pr. que "*Si los fondos públicos están bien colocados, los deudores no deben ser inquietados por la restitución del capital prestado, y más si producen intereses; si no los producen, debe cuidar el gobernador de la provincia por la seguridad de la ciudad, sin llegar a convertirse en un cobrador demasiado exigente o injurioso, sino moderado y benigno aunque eficiente, y humano aunque apremiante, pues hay mucho trecho entre la insolencia del descuido y la diligencia de la moderación (Ulp., de off. cur. rei. pub.)*".

A pesar de la dificultad que presenta establecer el origen preciso de la mora y, dadas las soluciones que se ofrecen en las fuentes a los diversos problemas que suscita el incumplimiento, los estudiosos del Derecho romano¹ ubican el nacimiento de la mora en relación con el ámbito de aplicación de la *condictio*.

Por regla general, si el deudor no cumplía su obligación y resultaba responsable del incumplimiento, al medir la responsabilidad que regía para la relación obligatoria de que se tratara, el incumplimiento y sus consecuencias tenían una distinta valoración, dependiendo del carácter más o menos riguroso de la acción formulada.

Así, en las acciones de Derecho estricto —*actiones ex stipulatu, ex testamento, condictio*— que tenían por objeto *dare* una *certa pecunia* o ciertas cosas genéricamente determinadas, no cabía hablar de una violación de la relación obligatoria con consecuencias jurídicamente relevantes. La prestación objetivamente considerada siempre era susceptible de cumplimiento, ~~pero~~ los perjuicios que el retraso ocasionaba no podían ser reclamados mediante una

¹ Entre otros, A. CANNATA, voz *Mora* (storia), en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVI, p.921 y ss.; M. KASER, *Derecho privado romano*, ed. Reus, 1968, p.171 y ss.

acción de alcance tan estricto. El juez sólo estaba facultado para condenar o absolver al deudor, pero no podía decidir sobre el contenido de la obligación. Era la existencia o inexistencia del objeto de la prestación la que implicaba la existencia o inexistencia de la obligación. Si la obligación devenía imposible, la obligación se extinguía. Ahora bien, la imposibilidad sólo se estimaba si no afectaba exclusivamente a la persona del deudor. Desde este punto de vista, se puede decir que en las acciones de Derecho estricto la concepción de la imposibilidad sobrevenida era objetiva.¹

En las acciones con *formula incerta* – fueran o no *ex fide bona* – el perecimiento de la cosa objeto de la prestación debida no extinguía la obligación. Si el deudor, en virtud de una circunstancia por la que debía responder, según la medida de responsabilidad pertinente a su tipo de contrato, no cumplía la obligación, debía abonar al acreedor la indemnización del perjuicio².

¹ Vid., CAFFARENA LAPORTA, "Genus nunquam perit", en A.D.C., 1982, p.291 y ss, y los que allí cita.

² D. 45, 1, 113, 1; eod. 114; D. 7, 1, 36, 2. Estas acciones se aplican también a los casos en que por ser el cumplimiento parcial o deficiente, procede la reclamación del consiguiente daño.

Se establece en estos pasos que "Habiendo estipulado yo una pena por si no se terminaba según mi arbitrio una obra antes de las calendas de junio, concedí un nuevo plazo. ¿Crees de verdad que yo puedo decir que la obra no se ha terminado según mi arbitrio antes de las calendas de junio a pesar de haber dado yo mismo por mi arbitrio un plazo más amplio para terminar esa obra?. Contestó Próculo: No sin razón debe distinguirse si el promitente había incurrido en mora para terminar la obra, como se decía en la estipulación, antes de las calendas de junio, o si el estipulante había prorrogado el plazo hasta las calendas de agosto por ser imposible terminar la obra en las calendas de junio. Porque si prorrogó el término cuando ya no era posible terminar la obra antes de las calendas de junio, creo que el promitente ha incurrido en la pena, y que no hace al caso que ya algún tiempo antes de las calendas de junio el estipulante hubiera dejado de esperar que la obra se pudiera terminar antes de esa fecha, es decir, no pensando ya que se hiciera lo que no podía hacerse; pero que si tal sospecha era infundada, aunque el estipulante muriera la víspera de las calendas de junio, el promitente no incurriría en la pena, porque el muerto no podía manifestar su arbitrio y quedaba todavía algún tiempo, después de su muerte, para terminar la obra. Así, si ya antes de las calendas de junio se hizo evidente que la obra no podía terminarse antes de aquél término, el promitente ha incurrido en la pena

CAFFARENA¹, al estudiar el origen de la máxima "*genus nunquam perit*", sin embargo, opina que precisamente fueron las características de los "*iudicia bonae fidei*", que produjeron un mayor ámbito de poder de decisión en el juez, los que originaron que, frente a esa conexión de la existencia de la obligación con la de su objeto de las acciones de derecho estricto, el eje central fuera aquí la conducta observada por el deudor en el no cumplimiento de la obligación en relación con el tipo de contrato de que se tratara en cada caso, que venía a determinar la conducta y la responsabilidad debida por el deudor. De ello dependerá la liberación o no del deudor. De todo lo anterior se deduce, a juicio del autor, de un lado, la no necesidad aquí del mecanismo de la *perpetuatio obligationis*, y de otro lado, la consideración de la imposibilidad subjetiva que liberaría o no al deudor según las circunstancias en que se hubiera producido.

La mayor parte de los romanistas localizan el nacimiento de la mora concretamente, en las obligaciones de Derecho estricto que tenían por objeto dar una cosa cierta individualmente determinada, es decir, en la esfera de la *stipulatio*

(Proc. 2 epist.)"; "Si estipulo la entrega de un fundo en un plazo y el promitente deja de entregarlo en ese día, podré conseguir yo mi interés en que no hubiera habido esa mora en la entrega (Ulp. 17 Sab.)"; "Se legó a Ticio el usufructo de un esclavo. Murió el esclavo habiendo sido causa el heredero de que no se entregase el legado. Afirma que no puede decirse otra cosa sino que el heredero está obligado en la medida del interés que tuviera el legatario en que no se hubiera producido la mora. De modo que sin duda se valorará el usufructo desde aquel momento [en que se debió cumplir el legado] hasta aquél en que el esclavo murió. También es consecuente con esto, el que, si muriese el mismo Ticio, se entregue igualmente a su heredero el importe del usufructo desde el momento en que la mora se produjo hasta el día del fallecimiento (Afr. 5 quaest.)".

¹ Vid, op.cit, p.299

de *dare* o *reddere una certa res*¹. Así, cuentan que en el caso de que el deudor de cosa cierta y determinada no cumpliera con su promesa, transcurrido el *dies veniens*, el acreedor debía exigírsela al deudor. Y, si, después continuaba sin realizar la entrega de la cosa cierta, el acreedor debía acudir a juicio para que el juez estableciese la condena "*si paret Titium servum Stichum Caio dare oportere*".

Ahora bien, si la cosa objeto de la prestación perecía antes de la *litis*

¹ Por ejemplo: D.2,14,54; 12,1,5; 44,7,45; 45,1,23; eod. 24; eod. 49, pr.; eod. 49, 3; eod. 56, 8; eod. 91, 3. Estos fragmentos disponen, respectivamente, lo siguiente:

"Si yo he pactado que no reclamaré el esclavo Estico que se me debía, no se entiende que con este pacto mi deudor incurra en mora, y creo que, muerto Estico, no queda obligado el deudor que antes del pacto no había incurrido en mora (Scaev., ap. iul. 22 dig.)"; "Si aquello que debes darme hubiese perecido después de que por acto tuyo me lo hubieras dejado de dar, es claro que esa pérdida ha de ser tuya. Mas, cuando se indaga si fue por acto tuyo, deberá tenerse en cuenta, no solo si podías dar o no y si obraste o no con dolo para no poder o no haber podido, sino también si existía alguna justa causa en virtud de la cual debieras entender que estabas obligado a dar (pomp. 22 Sab.)"; "No queda obligado el que debía por estipulación el esclavo Estico y lo hubiera manumitido antes de incurrir en mora, si el esclavo muere antes de que se demande al promitente por aquella estipulación, pues no parece haber dejado de cumplirla a causa de un acto propio (Paul. 5 Plaut.)"; "Si me debes un determinado esclavo a causa de legado o de estipulación, no respondes si este se muere, más que si dejaste por tu parte de dármelo cuando estaba vivo, como sucede si no me lo diste cuando te interpele para que me lo dieras o tu mismo le has dado muerte (Pomp. 9 Sab.)"; "Si un pupilo debe dar a causa de estipulación al esclavo Estico, solo se considera que pueda incurrir en mora, y responder si el esclavo se muere, cuando se le interpele con autorización del tutor o fué éste solo interpelado (Paul. 9 Sab.)"; "Como un hijo de familia hubiera prometido que se daría el esclavo Estico después de haber incurrido él en mora, se murió Estico: se da contra el padre la acción de peculio en la medida en que el hijo permaneció obligado por la estipulación (Paul. 37 ed.)"; "Si el que ha prometido dar un esclavo es interpelado antes del término para el que lo había prometido, y se muriera el esclavo antes de esa fecha, no se considera que haya dejado de cumplir (paul. 37 ed.)"; "Si Seyo me prometiera bajo condición dar un esclavo que yo había estipulado sin ella de Ticio, y este esclavo muriera pendiente la condición, después de haber incurrido Ticio en mora, podré reclamar sin más de Ticio, y Seyo no quedará obligado ni aun después de cumplirse la condición; pero si Ticio se hubiese liberado por haber yo cancelado su deuda mediante aceptilación, puede quedar obligado Seyo al cumplirse la condición. La diferencia está en que, si se muere el esclavo, deja de existir el objeto de la obligación de Seyo, en tanto, si se interpone la aceptilación, subsiste siempre el esclavo que Seyo había prometido (Iul. 52 dig.)"; "Queda por ver cómo debe entenderse aquello que establecieron los antiguos para el caso en que intervenga culpa del deudor: que se perpetúa la obligación. Ciertamente, si el promitente hubiera hecho algo para no poder pagar, el principio resulta claro, pero, en caso de haber incurrido en algo de mora, se duda, si, al dejar de estar en mora, se extingue el efecto de la mora anterior. escribía Celso en su juventud que el que ha incurrido en mora para el pago del esclavo Estico que ha prometido, puede enmendar tal mora mediante el ofrecimiento posterior de pago, y que era una cuestión de apreciar lo bueno y justo, un tema dice Celso, en el que muchas veces se yerra perniciosamente con el pretexto de la autoridad de la ciencia del derecho; y parece bastante aceptable esta opinión, que también sigue Juliano, pues cuando se trata del perjuicio que causa la mora pero las dos partes ha incurrido en ella ¿po qué no va a tener preferencia el que tiene la cosa respecto al que la reclama? (Paul. 17 Plaut.)".

contestatio, al no existir, el juez, obligadamente, debía pronunciar la absolución del deudor: "*non paret Titium servum Stichum dare oportere*". La razón de esta negación a la condena era que el *dare oportere* de la fórmula usada para este tipo de acción presuponía, necesariamente, la existencia de la cosa que debía ser dada.

A los jurisconsultos romanos la aplicación de esta solución, en las acciones de Derecho estricto, no les pareció justa en dos casos concretos. En primer lugar, en el supuesto de que la cosa hubiera perecido por dolo del deudor. En segundo lugar, cuando el perecimiento hubiera ocurrido después de que el deudor hubiera sido requerido por el acreedor al cumplimiento de su obligación¹. En ambos casos, el incumplimiento había sido provocado por una conducta reproachable del deudor. En el primero, porque la cosa todavía debería existir. En el segundo, porque debía haberla entregado cuando todavía existía². Con el fin de solucionar este error, idearon una ficción. La producción de una *perpetuatio obligationis*:

Cuando *per debitorem stetit, quo minus daret*, esto es, cuando el deudor fuera responsable del perecimiento de la cosa, o cuando este perecimiento se

¹ Pomponio D.45,1,23.: "Si me debes un determinado esclavo a causa de legado o de estipulación, no respondes si éste se muere, más que si dejaste por tu parte de dármelo cuando estaba vivo, como sucede si no me lo diste cuando te interpele para que me lo dieras, o si tú mismo le has dado muerte (Pomp. {1} 9 Sab.)"

² Para KASER, op. cit., sin embargo, la perpetuación de la relación obligatoria venía originada por dos hechos distintos, que también implican el incumplimiento de la relación obligatoria: La posterior imposibilidad objetiva de la prestación imputable al deudor, es decir, el simple "no poder subjetivo del deudor era intrascendente y la imposibilidad, con o sin culpa del deudor, sobrevenida después de haber incurrido el deudor en mora.

produjese después de haber incurrido en mora el deudor¹, se debía proceder como si la cosa subsistiese aún al tiempo de la *litis contestatio*. Se daba al *dare oportere* de la fórmula un contenido afirmativo y, en consecuencia, se condenaba al deudor a abonar el importe del valor de la cosa².

Es en este momento, cuando se puede decir que la jurisprudencia individualizó, como comportamiento lesivo del derecho del acreedor, el retraso en el cumplimiento de una obligación³. La conducta lesiva es el retraso mismo, pero

¹ Incurrir en mora en este fragmento no quiere decir estar constituido en mora tal y como hoy se entiende, sino el haberse retrasado en la entrega de la cosa debida. Como se puede observar, el nacimiento de la *perpetuatio obligationis* como ficción de la no extinción de las obligaciones, ocurre cuando el deudor se había retrasado en el cumplimiento. Es, por consiguiente, un efecto más de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento, cuyo presupuesto inicial y más importante es el retraso imputable del deudor.

² *Paulo sent.* 5, 7, 4, pr.; *Paulo D.* 45, 1, 91, 3 (transcritas en la nota pág. 552), interpolado, según KASER, op.cit.

La condena en el valor de la cosa en el caso de mora, procede aun cuando la cosa hubiere perecido igualmente si se hubiese entregado a tiempo al acreedor. Las acciones de Derecho estricto no permitían reclamar la indemnización por el daño. Es por ello por lo que, con la condena pecuniaria al valor de la cosa perdida obvia las dificultades de la ficción de la existencia del objeto de la prestación. Si la cosa fue oportunamente entregada, pero con deterioro, la diferencia de valor podrá ser, a partir de Juliano, reclamada con las acciones de Derecho estricto. Los antiguos, sin embargo, remiten en este caso a la *actio doli* (*Lab. Ulp. D.* 4, 3, 7, 3, al final interp; diversamente *Jul. D.* 30, 84, 4; 46, 3, 33, 1). En la época postclásica, que no utiliza esta fórmula, se hace derivar de toda violación imputable al deudor, el deber de indemnizar los daños causados. Se abandona como inútil el régimen de la *perpetuatio obligationis*, KASER, op. cit. En realidad, la *perpetuatio* sigue apreciándose, pero se traduce en indemnización de daños y perjuicios, porque si no fuera así, y no se estimara la perpetuación de la obligación por imposibilidad sobrevenida después de la mora, se debería exonerar al deudor de toda responsabilidad por el fortuito.

³ Según J.I. CANO, *La mora*, ed. Edersa, Madrid 1978, p.2, aunque no es un extremo suficientemente claro, podría inducirse del conjunto de los escritos que la mora empezó originando ciertos intereses, añadidos a los normales de la deuda, a través de la estipulación de una cláusula penal, incorporada a contratos de préstamo de cierto carácter público. De todo ello, lo que parece menos discutible es su nacimiento de una cláusula contractual (la penal) incorporada al préstamo. En *D.* 22, 1, 11, pr. se aprecia la costumbre de que el administrador de una ciudad prestase a sus ciudadanos dinero público, previendo la agravación de los intereses a partir de un plazo determinado. "Gayo Seyo, que administraba los bienes de la ciudad, dió en préstamo dinero público con los intereses acostumbrados, mas había la costumbre de gravar con otros más elevados cuando no se abonaban dentro de determinados plazos. Algunos deudores dejaron de pagar los intereses, otros pagaron de más y se suplió así para completar todo lo debido en concepto de intereses, incluso por los deudores que habían dejado de pagarlos. Se preguntó si lo cobrado de algunos a modo de pena según la costumbre debía aprovechar a Seyo o debía lucrarse con ello la ciudad. Respondí que si Gayo Seyo hubiera estipulado los intereses de los deudores, deben pagarse a la ciudad tan sólo los que suelen exigirse

sólo se podrá aplicar el efecto de la perpetuación si el deudor ha sido previamente constituido en mora, la mayor parte de las veces, mediante un acto formal del acreedor tendente a la obtención de la prestación.

Pero, aunque surgiera en un primer momento en el ámbito de la *stipulatio de dare una certa res* hay que decir, con CAFFARENA, que "no había en el Derecho romano un régimen jurídico distinto, específico, para las obligaciones genéricas, por lo que se refiere a la responsabilidad del deudor. La más dura situación de éste en el tipo de obligación examinado obedecería tan sólo al concepto de imposibilidad imperante en el Derecho romano, en relación con el ámbito de "*iudicia*" en los que tenía lugar aquélla¹. Si la liberación del deudor sólo se producía por una imposibilidad objetiva de la prestación, es evidente que, por la propia configuración de la obligación genérica, el deudor difícilmente quedaría aquí liberado. Las probabilidades de una imposibilidad de este tipo en esta clase de obligaciones son mucho menores que en una obligación específica. Es la propia configuración del objeto de la prestación la que ocasiona ésta más difícil situación del deudor de la obligación genérica, pero no es la existencia de un régimen diverso para ella que sea más estricto en cuanto a la conducta exigida al deudor, y en cuanto a la responsabilidad de éste. El régimen diferente se referiría siempre a la distinción de obligaciones de Derecho estricto—obligaciones

regularmente de tales deudores, aunque no sean todos ellos solventes (Paul. 25 quaest.)".

¹ Que eran acciones de Derecho estricto, *vid.* CAFFARENA, *op.cit.*, p.298.

de buena fe y no a la distinción obligación genérica—obligación específica, que recibirían un mismo trato cuando se encontraran dentro del mismo ámbito".

En otros pasajes del Digesto también se aprecia la preocupación de los juriconsultos por el tema de la mora. Pero no por su concepto o por sus características, sino por las consecuencias jurídicas que generaba. Así, como se verá más adelante, entre otras, suponía una agravación de los intereses en las deudas de dinero, determinaba el sujeto responsable de la destrucción o pérdida de la cosa objeto de la prestación o fijaba el criterio para atribuir los frutos.¹

1.— Concepto de mora en el Derecho romano

Las fuentes no contienen ninguna definición concreta de lo que se entiende por mora del deudor. Nada concluyente se puede extraer ni del título que el Digesto que trata explícitamente este instituto, ni, en general, de las Reglas del

¹ D. 22, 1, 11, pr.; 22, 1, 12; 45, 1, 23; 45, 1, 82, 1; 22, 1, 14, 1; 22, 1, 8. En estos pasajes, por ejemplo, se dice: "Seya recibió de Septicio una cantidad en préstamo, con el siguiente convenio de intereses: 'si no se pagaran en su día los supraescritos intereses o después del tercer mes, entonces se podrán exigir de Seya unos intereses mayores, y a partir de ese momento, si los intereses periódicos no se pagaran según la condición puesta, se observará aquella condición hasta quedar totalmente pagada toda la suma debida por ese concepto'. Pregunto si estas palabras 'y a partir de ese momento, si los intereses periódicos no se pagaran según la condición puesta, se observará aquella condición' quieren decir que, aunque se haya incumplido por ejemplo la primera estipulación, sin embargo, no pueda reclamarse mayor cuantía de intereses que las de aquel período de plazo incumplido. Respondió Paulo que la estipulación que se agrega para agravar los intereses contiene varias condiciones, es decir, de forma que para cada período se atienda a la condición de los intereses menores que no se pagaron en su momento, y que puede evitarse así la pena de las siguientes períodos (D. 22.1.12. Paul. 4 resp)"; "Si el esclavo prometido hubiera muerto después de incurrir en mora quien lo prometió, queda éste obligado, sin embargo, lo mismo que si viviera el esclavo (D. 45.1.83.1 Ulp. 78 ed.)"; "En un fideicomiso de yeguas, se deberá también, como fruto, la cría nacida después de la mora, pero la cría de la cría, como producto, al igual que el hijo de una esclava (D. 22.1.8 Pap. 7 resp. - Frag. Vat. 65)"; "Respondió Paulo que al incurrir en mora para el pago de un fideicomiso, se deben restituir también los hijos de las esclavas (D. 22. 1. 14, pr. Paul. 14 resp.)".

Derecho (*regulis iuris*). El título 22. 1 del Digesto, dedicado específicamente a la mora, se ocupa solamente de los frutos e intereses por ser uno de los efectos más importantes de la constitución en mora del deudor¹. Sin embargo, como la mora puede originarse en el cumplimiento de cualquier tipo de obligación, se pueden encontrar textos relativos a ella en casi todos los títulos del Digesto.

En un rápido recorrido por las fuentes se comprueba sin dificultad que la expresión "*mora*" viene utilizada en distintos contextos y con significados bien diversos. Se usa para designar en general el transcurso del tiempo (*pars temporis*), pero también muy amenudo para indicar más concretamente el retraso en el cumplimiento de una obligación.

Son numerosísimos los ejemplos que se encuentran en las fuentes sobre los distintos significados atribuidos a la expresión mora. Así, por ejemplo, como designación del transcurso del tiempo se puede comprobar en *D.35.1.79*; *31.1.1*; *36.2.1.6*; *3.5.14-15*; *5.3.53*; *15.1.51*. Como retraso en el cumplimiento de una obligación no imputable al deudor y, por tanto, no productor de consecuencias desfavorables para el mismo, se pueden citar los siguientes pasajes: *D.22.1.17.3*; *22.1.32*; *22.1.23.1-24*; *45.1.127*. Y, por último, se puede encontrar un tercer

¹ Más bien debería decirse al contrario. Para lograr el efecto del abono de intereses o la indemnización de los daños y perjuicios causados por el retraso, el vehículo que debe utilizar el acreedor es la constitución en mora del deudor. Mientras no constituya en mora a su deudor retrasado en el cumplimiento de la obligación, mediante requerimiento hecho a tal efecto, no se podrán desencadenar estos efectos propios del incumplimiento no definitivo.

significado. El de retraso en general, sancionado con determinadas consecuencias jurídicas, haya estado o no provocado por culpa del deudor incumplidor: *D.1.16.5; 22.1.24.pr.; 22.1.88.6; 40.5.13; 40.5.26.3-5; 36.2.7.*

Sin duda alguna, los juristas romanos se preocuparon en diferenciar aquellos supuestos en que el retraso generaba un incumplimiento definitivo de la obligación, de aquellos otros en que se podría llegar a la situación de *mora debitoris*. El criterio de distinción utilizado fue la persistencia del interés del acreedor en recibir la prestación tardíamente y la presencia de los elementos que configuraban la mora (sobre todo la existencia de culpa y la "*interpellatio*")¹.

Partiendo de las distintas soluciones que dieron los juristas romanos a los diversos casos de retraso en el cumplimiento de las obligaciones dependiendo de los elementos que aparecían en ellos, la doctrina romanista ha elaborado su propio concepto de *mora debendi*. Para ésta, sustancialmente consistiría en aquella situación en la que se encuentra el deudor que se ha retrasado injustamente en el cumplimiento de su obligación, cuando su acreedor mediante un determinado acto (*interpellatio*) le ha exigido la realización de lo prometido.²

¹ J. I. CANO, *op.cit.*, p. 2

² Así, entre otros, A. MONTEL, *op.cit.*, p.900; ARIAS RAMOS, *op.cit.*, p.333; M. KASER, *op.cit.*, p.171; G. PIOLA, voz Mora, en *Digesto Italiano*, vol.XV, part. 2ª, Turín 1976, p. 849;

2.- Presupuestos de la constitución en mora en el Derecho romano:

Presupuestos objetivos y subjetivos.

Los presupuestos que han de darse para que se pueda hablar de constitución en mora del deudor en el Derecho romano son tanto de tipo objetivo como subjetivo:

- PRESUPUESTOS OBJETIVOS:

a) La existencia de una obligación.

Debe existir una obligación para la que el acreedor esté legitimado para actuar en juicio. Esto quiere decir, que el cumplimiento de la obligación debe poderse exigir en juicio.

La limitación del concepto de mora al campo de las obligaciones ha sido criticada por algunos autores que afirman la posibilidad de la constitución en mora del deudor incluso fuera de la específica hipótesis de una relación obligatoria. Para MONTEL, efectivamente, la prueba de cuanto se afirma es posible encontrarla en algunos pasos de las fuentes romanas, donde se prevén hipótesis de constitución en mora claramente lejanas del ámbito de las obligaciones, en las que esta expresión se utiliza en un sentido amplio y genérico.

Como ya se ha dicho antes, la obligación debe ser exigible mediante una acción judicial. De esta afirmación se extrae la conclusión de que si la obligación es natural no será posible la existencia de la mora, como aparece claramente en *D. 45.1.127.*, donde se prevé que: "Si un pupilo promete el esclavo Estico, sin la autoridad de su tutor, y ha dado un fiador, pero el esclavo muere después de incurrir en mora el pupilo, tampoco quedará obligado el fiador por la mora del pupilo, pues (*D.50.17.88*) no puede considerarse que hay mora cuando no hay acción para reclamar la deuda. El fiador sólo se obliga a poder ser demandado en vida del esclavo y, luego, a responder por su propia mora".

El acreedor de este tipo de obligaciones no posee medio alguno para exigir su cumplimiento, por lo que quedará al arbitrio del deudor tanto el momento como el modo de cumplirla. De tal modo que, sea cual sea el momento del cumplimiento, nunca se le podrá considerar en mora.

Que el acreedor debe estar asistido por una acción aparece contemplado, entre otros, en los siguientes pasajes del Digesto: *D.50.17.88*; *D.45.1.127*; El segundo pasaje ya se ha transcrito arriba a propósito de las obligaciones naturales. El primero establece que no puede considerarse que hay mora cuando no existe acción para reclamar la deuda (originariamente el texto

reza: "*Nulla intellegitur mora fieri ubi nulla petitio est*")¹.

Explica MONTEL que muchos escritores de Derecho Común, no advirtiendo el origen del primer paso citado, en el segundo (pertenecientes ambos al Libro 5 de las *quaestiones* de SCAEVOLA), lo interpretaron en el sentido de que la mora requiere siempre la interpelación (*petitio*) por parte del acreedor. Sin embargo, a juicio de este historiador, en realidad, aquí la palabra *petitio* no posee el significado de requerimiento, sino de acción. Esta frase, a la que posteriormente JUSTINIANO le atribuyó un significado general al incluirla en el título "*de regulis iuris*", se refería originariamente, como se ha visto, al caso de una obligación natural (D.22.1.24²) y, en consecuencia, esta crítica que se hace a los glosadores es altamente probable. En las obligaciones naturales no cabe la constitución en mora del deudor porque éstas son por sí mismas inexigibles.

Además, la acción que asiste al acreedor no debe ser susceptible de que se le oponga excepción alguna, ya que "*nec in mora ille est qui iusta exceptione aliqua tueri se potest...*" (D.17.1.8.7). Ahora bien,, como observan algunos

¹ D: 50.17.88: "*No puede considerarse que haya mora cuando no hay acción [para reclamar la deuda] (Saev. 5 quaest.)*"

² D. 22. 1. 24: "*Si alguno hubiera incurrido en mora para pagar, pero estaba dispuesto a aceptar el litigio, no parece haber incurrido en mora; es decir, siempre que llevara la cosa a juicio justamente. Se entiende que hay mora frente al acreedor cuando es contra el mismo acreedor o contra su mandatario o contra su gestor, y no es que en este caso se adquiriera a través de persona libre, sino que se cumple un deber, como cuando mi gestor sorprende al que está cometiendo hurto contra mí, que me proporciona la acción de hurto manifiesto; asimismo, cuando el procurador hubiera interpelado al deudor que me había prometido un esclavo, hace perpetua la estipulación poniendo todo riesgo a cargo del deudor (Paul. 37 ed.)*".

romanistas, no es la existencia de una excepción en sí misma lo que libera al deudor de la constitución en mora, sino el hecho de que efectivamente la oponga, puesto que mientras no lo haga, el acreedor tiene derecho a exigirle el cumplimiento.

Por otro lado, debe tratarse de una obligación vencida y exigible. Esto significa que, si se trata de una obligación pura debe haber transcurrido el *dies veniens*. Si se trata de una condicional, debe haberse verificado la condición, salvo casos expresamente previstos en los que si no se verifica la condición por culpa del deudor se tiene por verificada¹.

Si es una obligación a término o a plazo, éste debe estar vencido². La subsistencia de una obligación vencida, que equivale aquí a la posibilidad de

¹ D.50.17.161; 40.7.38; 35.1.24; 18.1.50 que disponen lo siguiente: *"Está admitido en derecho civil que siempre que el interesado en que no se cumpla una condición haga que ésta no se cumpla, se tenga aquélla por cumplida... (Ulp. 77 ed.)"; "No todo impedimento puesto al estado libre(o concesión de la libertad al esclavo) por parte del heredero sirve para dar por cumplida la condición, sino tan solo aquél que se pone para impedir la libertad del esclavo (Paul. 1 ad Nerat.)"; "Se admite en derecho civil que cuando aquél a quien interesa que la condición no se cumpla impide su cumplimiento, la condición se tenga por cumplida; lo que la mayoría ha aplicado, tanto a los legados como a las instituciones de herederos. A ejemplo de esto, pensaron algunos, con razón, que también obligan las estipulaciones cuando el promitente impidió que el estipulante cumpliera la condición convenida (Iul. 55 Dig.)"; "Escribe Labeón que si me hubieses vendido una biblioteca bajo la condición de que los decuriones de una ciudad de Campania me vendiesen un lugar para establecerla, y dependió de mí el no conseguirlo de los campanios, no ha de dudarse que se puede demandar por la acción de palabras prescritas. Yo creo que también puede demandarse por la acción de venta, como si se hubiese cumplido la condición que no se cumplió por obra del comprador (Ulp. 11 ed.)"*.

² D. 45, I, 49, 3; D. 50, 16, 213.: *"Si el que ha prometido dar un esclavo es interpelado antes del término para el que lo había prometido, y se muriera el esclavo antes de esa fecha, no se considera que haya dejado de cumplir (Paul. 37 ed.)"; "Ceder el día" quiere decir que empieza a deberse la cantidad; "venir el día", que ha llegado el momento en el que se puede exigir la cantidad; cuando se estipula sin condición ni término, el día "cede" y "viene" a la vez; cuando se estipula con un término, "cede" pero no "viene" hasta que llega el término; cuando se estipula bajo condición, ni "cede" ni "viene" en tanto está pendiente la condición (Ulp. 1 reg.)"*.

ejercitar la acción correspondiente, implica naturalmente que no existen defensas eficaces de las que pueda disponer el demandado.¹ Este requisito hace suponer que no es posible la mora en las obligaciones de no hacer y en aquellas que deben ser cumplidas en un período de tiempo dado (término esencial), puesto que el retraso constituiría de por sí incumplimiento definitivo.

b) La existencia de un retraso en el cumplimiento de la obligación vencida y exigible.

El deudor debe encontrarse retrasado en el cumplimiento. Para hablar de retraso es necesario que el cumplimiento sea todavía posible, porque si no es así habrá de hablarse de incumplimiento definitivo y no de mora.

Este retraso es el presupuesto primero y principal para que el acreedor pueda constituir en mora a su deudor. Aunque los juristas no enunciaron una regla general para identificar esta situación de retraso, afirmando que se trataba de una cuestión de hecho que debía resolverse caso por caso², existe un texto que ofrece una síntesis de la historia de las soluciones que se dieron y se puede decir que son metodológicamente uniformes. Se trata del pasaje con el que se ha empezado este capítulo: "Se entiende que se incurre en mora, no por el hecho mismo de retraso,

¹ A. CANNATA, op. cit. p.922

² D. 22, 1, 32., transcrito al principio de este capítulo.

sino por la persona, es decir, si el deudor requerido no hubiera pagado en el lugar debido, lo que se verá ante el juez..". Esta frase inicial no ofrece definición alguna de lo que se debe entender por mora, sino que indica el criterio a seguir para llevar a cabo la valoración de una situación de retraso en el cumplimiento de la obligación. El retraso en el cumplimiento, es una cuestión de hecho, pero para averiguar si se ha incurrido o no en mora, se debe acudir al juez que es quien debe valorar la conducta del deudor en su incumplimiento.

Para la determinación de tal comportamiento los juristas romanos llevaron a cabo un análisis de la casuística, individualizando posteriormente algunas de las situaciones más características. Esta variedad y heterogeneidad de comportamientos y situaciones de retraso comporta una gran dificultad para reconstruir sistemáticamente una doctrina unitaria, que explique los criterios, requisitos y consecuencias jurídicas de la *mora debitoris* en esta época del Derecho antiguo.

Sin embargo, se puede afirmar, con la mayoría de los autores, que para incurrir en mora, según las fuentes, era más trascendente el comportamiento seguido por el deudor en el cumplimiento de la obligación, que el hecho mismo del retraso. Lo que, los romanos dejaban en manos del juez, por su difícil valoración, no es la concurrencia de los elementos objetivos de la mora que son fácilmente comprobables (retraso, vencimiento, exigibilidad), sino los subjetivos

(imputabilidad) dada la dificultad de determinar su existencia. Por lo tanto, los aspectos subjetivos de este fenómeno debían ser necesariamente tomados en cuenta para determinar si el deudor había sido o no justamente constituido en mora.

c) La interpelación del acreedor al deudor exigiéndole la realización de la prestación.

La *interpellatio* es la intimación al cumplimiento de la prestación debida, ya vencida, que debe realizar el acreedor al deudor en tiempo y lugar oportunos como requisito previo a la constitución de éste en mora¹.

La *interpellatio*, según la doctrina mayoritaria, no fue siempre necesaria para constituir en mora al deudor.²

En el ya conocido texto de *Marciano* (D. 22, 1, 32, pr.), se establece que

¹ Para J.I. CANO, op.cit. p. 4, la *interpellatio* consistía en una declaración del acreedor de no tolerancia respecto del retraso o, si ésta se había otorgado, en una declaración de fin de la tolerancia anterior

² A. MONTEL, op.cit. p.34, entiende que este requisito fue introducido por los compiladores que contrapusieron la *mora ex persona* o mediante intimación a la *mora ex re* que prescinde de ella. En apoyo a su tesis cita a SIBER quien opina que ni siquiera en el Derecho justiniano la interpelación fue requisito de la mora, sino únicamente un medio de prueba de la existencia del elemento subjetivo, por lo que podría fácilmente existir una *mora ex persona* sin interpelación; En el mismo sentido J. ARIAS RAMOS, op.cit.; J. IGLESIAS, op.cit, opina que no era necesaria en las obligaciones *ex delicto*; M. KASER, op.cit, estima que la interpelación no constituye un requisito propio de la mora, pues sólo en aquellas obligaciones que no tienen fijado un término para su cumplimiento, la interpelación hace que el retraso equivalga al incumplimiento o da estado oficial a éste; JORS y KUNKEL, comparten esta tesis : la *interpellatio* sólo es un medio para poner de manifiesto la responsabilidad; en ningún momento del Derecho romano, ni en el justiniano, fue requisito más de la mora.

el deudor incurre en mora si *interpellatus opportuno loco non solverit*". Pero de él sólo se deduce que la exigencia de la interpelación regía para las obligaciones de dar derivadas de *stipulatio*, legado y fideicomiso¹. También, las fuentes señalan la necesidad de este requisito en las obligaciones de mutuo y en el mandato de crédito², así como para las obligaciones del vendedor³. Es más,

¹ Por ejemplo en D. 45, 1, 23; D. 34, 1, 18, 1; D. 45, 1, 24; D. 45, 1, 49, 3; *Paulo sent.*, 3, 8, 4. se dispone respectivamente que: "*Si me debes un determinado esclavo a causa de legado o de estipulación, no respondes si éste se muere, más que si dejaste por tu parte de dármelo cuando estaba vivo, como sucede si no me lo diste cuando te interpele para que me lo dieras, o si tú mismo le has dado muerte (Pomp. 9 Sab.)*". Este pasaje, desde mi punto de vista es de gran importancia porque establece una regla similar a la de nuestro Código civil, y por lo tanto, se puede afirmar que el sistema de riesgos por la pérdida de la cosa debida ha sido heredado fielmente del Derecho romano. En nuestro ordenamiento se dispone que el deudor constituido en mora, en principio mediante intimación o requerimiento del acreedor, responde aun del caso fortuito (arts. 1.096 y 1.182 y ss.). Lo mismo que responde cualquier deudor ante la pérdida de la cosa por culpa suya, culpa que además se presume en el art. 1.183 C.c. "*Uno dejó por fideicomiso unas determinadas vituallas anuales a los que había manumitido en el testamento, si vivían con la madre del difunto. Sobrevivió ésta tres años a su hijo, pero no les entregó las vituallas ni vestuario, por haber dejado de pedirlos los libertos; tampoco la hija, desde que fue heredera de su madre y por catorce años que aún vivió, fue interpelada para el pago de aquéllos. Se preguntaba si, después de morir la hija, puede pedirse del último heredero lo que se dejó en concepto de vituallas y de vestuario, tanto los del tiempo anterior como los futuros. Respondió que, si se hubiese cumplido la condición de vivir con la madre nada hay en el caso propuesto para que no pueda reclamarse (Scaev. 20 dig.)*"; "*Si un pupilo debe dar a causa de estipulación el esclavo Estico, sólo se considera que pueda incurrir en mora, y responder si el esclavo se muere, cuando se le interpele con autorización del tutor o fue éste sólo interpelado (Paul. 9 Sab.)*". Vuelvo a transcribir este paso porque en él se establece una excepción a la obligación natural por excelencia, como es la del pupilo, que puede ser constituido en mora mediante interpelación con la única finalidad de hacerle responder del riesgo de la muerte del esclavo prometido. "*Si el que ha prometido dar un esclavo es interpelado antes del término para el que lo había prometido, y se muriera es esclavo antes de esa fecha, no se considera que haya dejado de cumplir (Paul. 37 ed.)*". Con este paso del Digesto sucede lo mismo que en los anteriores y por eso se transcribe una vez más. La importancia de la constitución en mora mediante requerimiento hecho una vez devnida exigible la obligación y no antes, radica en el traspaso del riesgo al deudor.

² D. 22, 2, 2; D. 17, 1, 59, 5.: "*Dice Labeón que si nadie puede ser requerido en lugar del que prometió restituir una cantidad trayecticia (se llama cantidad trayecticia a aquella que se transporta por el mar, por lo demás, si se gasta en el mismo sitio no será trayecticia, D.22.2.1), debe atestiguarse por escrito ese hecho para que valga como petición (pomp. 3 ex. Plaut.)*"; "*Cayo saluda a Sempronio. Te mando que des a mi pariente Blesio Severo ochenta mil sestercios, con garantía de tal o cual prenda, respecto a cuya cantidad y a todo lo que haya de añadirse como intereses, responderé de dejar indemne tu cuenta en razón del mandato en tanto viva Blesio severo*". Habiendo sido requerido después el mandante, una y otra vez no respondió. Pregunto si ha quedado liberado por muerte del deudor. Paulo respondió que la obligación de mandato es perpetua, aunque en el mandato se diga que responderé de la indemnidad de tu cuenta en razón del mandato en tanto viva Blesio Severo (Pap. 4 resp.)".

³ D. 18, 6, 18: "*Ha de saberse que cuando el comprador comenzó a incurrir en mora, no responde ya el vendedor por culpa, sino solamente por dolo*".

incluso algunos autores¹, opinan que este paso del Digesto, a raíz del cual la doctrina mayoritaria ha apoyado su tesis de la necesidad de la interpelación para la constitución en mora del deudor, no prueba nada y mucho menos que el Derecho romano clásico distinguiese entre *mora ex persona* o *ex interpellatione* y *mora ex re* o sin interpelación. Fundan esta afirmación, que es importante, en que la expresión *id est* del fragmento, que se ha venido traduciendo como "es decir", puede significar, como de hecho ocurre en otros pasajes, "por ejemplo" y, en consecuencia, el paso debería leerse del siguiente modo: "'Se entiende que se incurre en mora, no por el hecho mismo de retraso, sino por la persona, por ejemplo, si el deudor requerido no hubiera pagado en el lugar debido, lo que se verá ante el juez...". En consecuencia, concluyen estos autores, los romanos no requerían siempre la interpelación para verificar la existencia de la mora, sino sólo en aquellos casos en los que su comprobación era difícil.

El carácter casuístico y ejemplificativo que preside el Digesto hace pensar que no sería extraño que la *interpellatio* no existiese como requisito necesario para la constitución en mora del deudor y que, en realidad, estuviese pensado como un medio probatorio más del interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación. Ya se ha dicho antes que, para el acreedor que careciera de interés en una prestación tardía existía otro tipo de acción tendente a la condena del

¹ Entre otros, SIBER, KALB, WOLFF, DONELLO, GUARNERI-CITATI, todos ellos citados por MONTEL en *La mora del debitore*, p.42 y ss.

incumplimiento.

Pero, también, el carácter casuístico del Digesto hace que no se sepa a ciencia cierta si existían o no excepciones a la regla general de la necesidad de interpelación del acreedor para constituir en mora al deudor.

Algunos autores estiman que el requisito de la *interpellatio* no era necesario en el caso de que el acreedor fuese un menor, puesto que sus deudores se constituirían en mora con el vencimiento de la obligación. Sin embargo, el texto más explícito relativo a los menores¹ dice que el vencimiento de estos créditos no implica la constitución en mora y solamente produce respecto a la usura un efecto análogo. Este paso también se utiliza para negar el origen romano de la máxima "*dies interpellat pro homine*".

Tampoco parece probable que la regla de la interpelación se viera modificada en el caso de obligaciones sometidas a término. En este supuesto sólo cabe hablar de mora si el término es suspensivo, ya que si la prestación debe ser realizada en un día determinado, ni antes ni después, transcurrido éste inútilmente, no hay retraso sino incumplimiento definitivo.

¹ *Paulo, D. 31, De leg. II, 87, 1*: "El fideicomiso dejado a una joven a partir de sus veinte y cinco años, respondí que devenga intereses moratorios desde que ella los cumplió. Aunque se establece en constituciones imperiales que se deben siempre intereses a los menores de veinte y cinco años, sin embargo, no se da aquí una mora de las que basta que comience para que se devenguen indefinidamente los intereses moratorios".

Además, la presencia de un término suspensivo en la obligación ha hecho pensar a cierta parte de la doctrina que en el Derecho romano no era necesaria la *interpellatio*, puesto que ésta tiene, entre otras, la función de fijar un término de vencimiento en aquellas obligaciones carentes de él. Dicen, además, que el establecimiento de un plazo siempre juega a favor del deudor porque de lo contrario, la obligación sería exigible inmediatamente después de ser contraída. No se le puede exigir al acreedor el acto de la intimación, porque con la fijación de un plazo de vencimiento ya ha declarado su interés por recibir la prestación.

Por el contrario, para otros autores¹, la pretendida regla *dies interpellat pro homine* es contraria al carácter del término y a los principios que informan el instituto de la mora en el Derecho romano. En primer lugar, porque generalmente el término no se establece en interés del deudor sino del acreedor². Cuando en

¹ P. F. GIRARD, *op.cit.*, p.662; A. CANNATA, *op.cit.*, p.923.

² Así, por ejemplo, D. 45, I, 41, 1; D. 50, 17, 17; D. 12, I, 22; D. 13, 3, 4. que por el orden indicado disponen: "Cuando no se fija un término en las obligaciones, la cantidad se debe desde el primer momento, a no ser que el lugar señalado para el pago implique un cierto espacio de tiempo para poder llegar a él. El término fijado hace que la cantidad no se deba desde el primer momento, de lo que se deduce que la fijación de un plazo es a favor del deudor y no del estipulante (Ulp. 50 Sab.)"; "Cuando se fija un término en el testamento, debe pensarse que se ha puesto a favor del heredero, salvo que fuera otra la intención del testador, del mismo modo que en las estipulaciones el término se pone en favor del promitente (Ulp. 23 Sab.)"; "Una cantidad de vino que se había dado mutuada fue judicialmente pedida. Se pregunta a qué momento debe referirse la estimación: cuando fue dada o cuando se hizo la litiscontestación o cuando el asunto fuera juzgado. Respondió Sabino que, si se hubiese dicho expresamente en qué tiempo se restituiría, se estimará en cuanto hubiese valido en aquel tiempo; si no, en cuanto hubiese valido cuando se pidió judicialmente. Interrogué a qué lugar hay que referir la estimación. Respondió: si se hubiese convenido que se restituyese en determinado lugar, se estimará en cuanto valiera en aquel lugar; si no, en cuanto valga allí donde se pidió judicialmente (Iul. 4 ex Minic.)"; "Si se pide una mercancía que debía darse en una fecha determinada, por ejemplo, vino aceite o trigo, dice Casio que debe estimarse el litigio en el valor que tenía en la fecha en que debía darse la mercancía, y si nada se convino acerca de la fecha, en el momento de aceptarse el litigio. Y que lo mismo vale respecto al lugar determinado para el pago, de modo que primeramente, debe tomarse el valor de aquel lugar en el que se debía dar la cosa, y si nada se convino acerca del lugar, se tenga en cuenta el de la reclamación. Y así vale también para otras cosas (Gai. 9 ed. prov.)". Ver también los pasajes transcritos en la nota anterior.

una obligación no se pacta plazo alguno para su cumplimiento ha de suponerse que juega en favor del deudor. Por lo tanto, cuando se fija, el deudor está renunciado a la presunción establecida. El vencimiento del plazo convenido por las partes tiene la función de fijar el momento en el que se entiende exigible la obligación para el acreedor y el momento en el que el deudor debe cumplir. Antes de la llegada del término pactado ni el acreedor puede exigirle nada al deudor, ni éste está obligado a cumplir. Si aquél interpelara al deudor, sería una interpelación ineficaz, puesto que nada puede exigir, y el deudor ni se ha retrasado, ni ha incumplido. Si el deudor, por su parte, cumpliera antes de que hubiera vencido el término, sería un pago anticipado y se desatarían las consecuencias características de este tipo de incumplimiento.

Otra razón esgrimida por estos autores es la de que la inserción del término tiene simplemente el efecto de transformar la obligación en una obligación pura y simple cuando el término ha vencido y, por tanto, convertirla en una obligación que está sometida, en lo que se refiere a la constitución en mora, a las reglas de las obligaciones puras y simples.

Además, la regla del *dies interpellat pro homine* es contraria a la constitución en mora, continúan alegando, porque ésta no tiene lugar en el Derecho romano *ex re*, sino *ex persona* ("*non ex re sed ex persona*") mediante intimación y exige la imputabilidad del deudor, lo que no se demuestra por el

simple vencimiento de la obligación.

En último lugar y como razón decisiva para negar la aplicación de esta regla argumentan que no existen pasajes en las fuentes que permitan concluir que los juriconsultos romanos operasen sobre la base de una regla como *dies interpellat pro homine*. Los textos de los cuales se ha querido extraer o bien no prueban nada o bien tratan un sólo caso en particular en el que ni siquiera aparece un término expreso¹.

¹ Cfr. D. 45, 1, 33; D. 45, 1, 49, 3; D. 45, 1, 135, 2; D. 2, 11, 8; D. 40, 5, 26, 1; D. 22, 1, 17, 4.

"Si se ha prometido dar el esclavo Estico en un cierto día y el esclavo Estico se muere antes de ese término, no queda obligado el promitente (Pomp. 25 Sab.); "Si el que ha prometido dar un esclavo es interpelado antes del término para el que lo había prometido, y se muriera el esclavo antes de esa fecha, no se considera que haya dejado de cumplir (Paul. 37 ed.)"; "Seya que había comprado una finca por mandato de Lucio Ticio, dió a éste caución de que, tan pronto ella recibiera el importe del precio que ella había adelantado, con los intereses, le transferiría la propiedad de la finca; inmediatamente después convinieron que el mandante pagara la cantidad entera y recibiera la finca antes de las calendas de abril. Como Lucio Ticio no ha pagado todo el precio con los intereses antes de las calendas de abril, pero poco tiempo después Ticio estuviera dispuesto a pagar a Seya el resto del precio con los intereses, y Seya no quisiera cobrar y hasta el presente no se ha dejado de pagar ese resto porque no quiera Ticio, se pregunta si, a pesar de esto, Lucio Ticio, estando dispuesto a pagar toda la cantidad a Seya, puede demandarla por lo estipulado [para que le transfiera la finca]. Respondió que sí, siempre que no se hubiese demorado mucho en ofrecer el pago de su deuda y no haber perjuicio para Seya en aquella [módica] mora, todo lo cual debe dejarse a la cognición del juez (Scaev. 5 resp.)"; "Y si después de tres, cinco o más días de la fecha en que el demandado prometió comparecer en juicio, se presentara ofreciéndose al demandante y no se hubiese perjudicado con la mora el derecho de éste, es consecuente decir que debe defenderse el demandado mediante excepción (gai. 29 ed. prov.)"; "Así pues, se ve que se favorecen las manumisiones fideicomisarias, entendiéndose que se aprecia la mora sin necesidad de reclamación, y que, desde el mismo día en que podía reclamarse la libertad, se entreguen a su madre, para que los manumita ella, [los hijos de esclava manumitida], y nazcan ya libres a partir del momento en que se reclame efectivamente la libertad. Porque muchas veces, debido a desidia o timidez de los esclavos favorecidos por la manumisión fideicomisaria, a ignorancia del derecho o respeto y consideración por los que recibieron el encargo, se retrasa la reclamación o incluso deja de reclamarse la libertad fideicomisaria. Por lo tanto, esto que decimos debe concretarse en el sentido de que los hijos [de esclava así manumitida] nazcan libres desde que se ha incurrido en mora para dar libertad, pero se deba decir que hay que manumitir, al hijo que ha nacido, desde el momento en que se podía reclamar la libertad, aunque no se haya reclamado. Los menores de veinticinco años deben también gozar en este caso del auxilio [de la rescisión por entero], de suerte que la mora se aprecie sin necesidad de reclamación, pues por la misma razón por la que estableció [Septimio] Severo que en los fideicomisos pecuntarios que se dejan a los menores se aprecie la mora sin necesidad de reclamación, y aún con mucha mayor razón, debe admitirse esto mismo en las manumisiones [fideicomisarias] (Ulp. 5 de fideic.)"; "El demandado por la acción de locación no debe pagar más intereses que los moratorios, a no ser que se hubiera convenido que se debiera interés por la cantidad pagada con retraso (Paul. de usur.)";

Dejando a un lado el caso, contemplado expresamente en las fuentes¹, que es el de que el deudor haga imposible la *interpellatio* y, por consiguiente, el acreedor esté dispensado de realizarla, que ni siquiera es una verdadera excepción, puesto que exige la interpelación del acreedor aunque no consiga llevarla a buen término, se puede concluir que la constitución en mora del deudor no es posible, para los romanos, sin interpelación. Unica y exclusivamente se acepta una excepción al principio general: las obligaciones *ex delicto*. Generalmente delitos consistentes en sustracción de cosas, por ejemplo el *furtum*, en los que su autor estaba incurso en mora por el hecho mismo del delito². En todas las demás hipótesis la interpelación era siempre necesaria.

Un razonamiento distinto debe seguirse en el estudio de otros textos en los que el problema de la interpelación aparece con el fin de establecer efectos diversos al de la *perpetuatio obligationis* o imputación de todos los riesgos al deudor retrasado.

Para los romanos la constitución en mora con la función de valorar los daños causados por el retraso es distinta a la constitución en mora en función de

¹ D. 22, 2, 2; D. h.l., 23, 1.

² D. 13, 1, 8, 1: "Respecto a la cosa hurtada compete la condicción por los mismos objetos, pero ¿tan sólo mientras subsistan o también si hubieran dejado de existir? Si el ladrón hubiera ofrecido la restitución de las cosas, sin duda que no se dará la condicción; si no, dura la condicción por la estimación de la cosa por no poderse entregar la cosa misma. Si se reclama una cosa por la condicción a causa de hurto, se pregunta a qué momento se refiere la estimación, y se admite que debe considerarse el momento en que la cosa tuvo su máximo valor, sobre todo teniendo en cuenta que el ladrón no puede liberarse entregando una cosa deteriorada, ya que el ladrón es como un deudor que está siempre en mora (Ulp. 27 ed.)".

la valoración del riesgo. Así se dice que "*Minus solvit qui tardius solvit*" (D. 50, 16, 12, 1). El retraso en el cumplimiento siempre produce un daño al acreedor, ya que "paga menos el que paga después de lo debido, pues puede pagarse menos, tanto por lo que se paga, como por cuándo se paga". Este pasaje de Ulpiano demuestra que los juristas eran conscientes del daño que generaba el retraso en el cumplimiento de las obligaciones. Sin duda, tenían que considerar el riesgo de la pérdida de la cosa debida, al que antes se hacía alusión, pero también el daño que causaba el retraso en el cumplimiento de las obligaciones. Para valorarlo el instrumento más antiguo, del que hacían uso en sus contratos, era la estipulación de una pena convencional¹ fijada o bien en una única cantidad o bien proporcionada al retraso². Esta estipulación no estaba sometida a término, sino

¹ En opinión de J. I. CANO, op.cit., p.2, la mora empezó originando ciertos intereses, añadidos a los normales de la deuda, a través de esta estipulación de una cláusula penal.

² D. 19, 1, 47; D. 45, 1, 8; D. 45, 1, 90; D. 12, 1, 40; D. 22, 1, 12.: *Lucio Ticio, habiendo recibido una cantidad [del comprador] para venderle materiales de construcción bajo una determinada pena a fin de que, si no los entregaba íntegramente dentro del tiempo establecido, fuera demandado por la pena, después de haber entregado tan sólo una parte de los materiales falleció. Habiendo incurrido, pues, el testador en la pena y no habiendo exhibido su heredero los restantes materiales ¿puede acaso ser demandado por la pena y los intereses, sobre todo cuando el comprador, habiendo tenido que tomar dinero a préstamo, está pagando intereses muy altos?. Paulo respondió que puede ser demandado también el heredero del vendedor por la pena, según el contrato de que se trata, y que en la acción de compra después de haber mediado mora, debía ser tenidos en cuenta por ministerio del juez los intereses del precio (Paul. 6 resp); "En caso de una estipulación de "si no dieras tal cosa en las calendas de septiembre ¿prometes dar diez mil sesteracios?" se pregunta si puede demandarse tan pronto muere el promitente, antes de esas calendas. Sabino y Próculo creen que el demandante debe esperar ese término para reclamar, lo que es más cierto, pues la obligación entera es condicional en referencia a ese término, y aunque la condición parezca haberse cumplido, queda todavía por llegar el término. En cambio, puede demandarse inmediatamente, y así lo aprueba Marcelo, al que prometió diciendo "si no tocara el cielo con la mano antes de las calendas" (Paul. 2 Sab.); "Cuando estipulamos una pena mensual en garantía de los intereses legales, y no se paga el capital prestado, la pena sigue aumentando aunque se haya reclamado judicialmente el capital, pues es verdad que no se han pagado los intereses (Pomp. 3 Plaut.)"; "En el consultorio del jurisconsulto y prefecto del pretorio Emilio Papiniano se leyó el siguiente documento: "Yo, Lucio Ticio, reconozco por escrito haber recibido de Publio Mevio quince mil sesteracios efectivamente entregados de su caja; Publio Mevio estipuló que se le dará debidamente esta suma en buena moneda, en las próximas calendas; yo, Lucio Ticio, lo prometí. Si en el término susodicho no se hubiera dado, pagado o garantizado la susodicha suma a Publio Mevio o a quien corresponda, para ese supuesto estipuló Publio Mevio, y yo, Lucio Ticio, prometí que pagaré además, como pena por el retraso, un denario por cada mes y cada cien denarios. Se ha convenido también entre nosotros que, la susodicha suma,*

a condición, a la condición de que no sobreviniera el cumplimiento dentro de un cierto día, *dies* al que, sin embargo, sí estaba sometida la obligación principal. La obligación de pagar la pena convencional nace, en caso de retraso, con el vencimiento del *dies*, independientemente de que el acreedor haya o no realizado la *interpellatio* para obtener la prestación debida¹.

del todo, se deberá restituir a Publio Mevio trescientos denarios mensuales, a él o a su heredero". Se preguntaba acerca de la obligación de intereses, una vez que el número de los meses para el pago había transcurrido. Decía yo que, como los pactos hechos inmediatamente se reputan insertos en la estipulación, resulta como si, habiendo estipulado una cierta cantidad del capital por cada mes, se hubiesen añadido los intereses moratorios; consiguientemente, transcurrido el primer mes corren los intereses del primer abono, e igualmente después del segundo y tercer tracto se suman los intereses del plazo no cumplido; y que no se pueden pedir los intereses del capital no pagado antes de que se haya podido pedir el capital mismo. Pero decían algunos que el pacto añadido se refería tan sólo al pago del capital y no también al de los intereses, los cuales habían entrado simplemente como objeto de la estipulación de la primera parte del documento; que este pacto sólo servía para dar excepción, y que, en consecuencia, si no se había pagado la cantidad del capital en los plazos establecidos, se debían intereses desde el día de la estipulación, como si así se hubiese dicho expresamente. Sin embargo: habiéndose diferido la petición del capital, se sigue que también accedan los intereses del tiempo de la mora, y si, como aquél opinaba, el pacto tan sólo sirve para dar excepción (aunque prevaleció la opinión contraria), con todo, no se incurre de derecho en la obligación de intereses, pues no está en mora aquél de quien, a causa de una excepción, no se puede pedir la cantidad. Con todo, solemos estipular cuánto se percibe en el tiempo intermedio, antes de cumplirse la condición, como se hace con los frutos; así también puede decirse lo mismo para los intereses, de modo que, si no se paga la cantidad en su día, se pague lo que corresponde por intereses desde el día en que se interpuso la estipulación (Paul. 3 *quaest.*); "Seya recibió de Septicio una cantidad en préstamo, con el siguiente convenio de intereses: "si no se pagaran en su día los supraescritos intereses o después del tercer mes, entonces se podrán exigir de Seya unos intereses mayores, y a partir de ese momento, si los intereses periódicos no se pagaran según la condición puesta, se observará aquella condición hasta quedar totalmente pagada toda la suma debida por ese concepto". Pregunto si estas palabras "y a partir de ese momento, si los intereses periódicos no se pagaran según la condición puesta, se observará aquella condición" quieren decir que, aunque se haya incumplido por ejemplo la primera estipulación, sin embargo, no pueda reclamarse mayor cuantía de intereses que la de aquel periodo de plazo incumplido. Respondió paulo que la estipulación que se agrega para agravar los intereses contiene varias condiciones, es decir, de forma que para cada periodo se atienda a la condición de los intereses menores que no se pagaron en su momento, y que puede evitarse así la pena de los siguientes periodos (Paul. 4 *resp.*)"

¹ D. 44,7,23; D. 18, 3, 4, 4: "Se había estipulado, como suele hacerse, una pena para compensar al que no pagara que reclamar una cantidad dada en préstamo marítimo [o a la gruesa], si aquella cantidad no se pagaba en el día fijado. El que la reclamaba dejó de hacerlo por haber cobrado una parte, pero luego, pasado cierto tiempo, decidió demandar al deudor. Consultado [Juliano sobre este caso] respondió que también se puede pedir la pena correspondiente al tiempo en que no se reclamó, y es más, aunque no la hubiera reclamado en forma alguna; y que sólo deja el deudor de incurrir en la estipulación [penal] si el no pagar fue por una causa ajena a él; porque, si no fuera así, debería decirse que no incurre en la pena el deudor cuando el que había empezado a reclamar hubiese dejado de hacerlo impedido por su salud. Pero puede dudarse en el caso del que, habiendo sido interpelado el deudor por el acreedor, se retrasase en pagar, pero luego ofrece la cantidad que debe: si incurre a pesar de ello, en la pena; y con razón se dice que sí. [Y] si un árbitro hubiera dispuesto, en virtud del compromiso, que alguien diera una cantidad en cierto día y no dejara éste de hacerlo por causa propia, respondió [Juliano] que no se incurría en la pena; hasta el punto de que Servio había opinado con mucha razón que cuando no se determina en la sentencia del árbitro en qué

En este momento, en opinión de la mayor parte de la doctrina, los juristas tomaron en consideración la importancia del retraso no únicamente por los problemas de la imputación de los riesgos sobrevenidos posteriormente, sino por el problema del resarcimiento del daño causado al acreedor por una prestación tardía. Así, aplicaron analógicamente el régimen de la pena convencional a todos los supuestos de retraso, de modo que tuviese efecto por sí mismo, sin necesidad de intimación, desde el vencimiento del término. En consecuencia, en las fuentes se encuentran soluciones a casos concretos en las que, por ejemplo, la estimación de los daños debe hacerse con referencia al momento de la *litis contestatio*, si no existía término, o con referencia a éste en el caso de existir¹.

En cualquier caso, parece claro, que los juristas romanos no hicieron uso de la regla *dies interpellat pro homine* para la traslación del riesgo contractual (caso fortuito) en caso de mora, sino que fue tomada en cuenta para la valoración de los daños causados por la prestación tardía.

día debe darse la cantidad, se considera concederse un plazo 'prudencial'; y que esto mismo debe decirse también cuando se hubiera vendido algo con la cláusula de que la cosa quede no comprada si no se paga el precio en el día fijado (Afric. 7 quaest.)"; Marcelo, 20 [dig.], duda si la cláusula comisorio tiene lugar si el comprador requerido para el pago no pagase, o bien si no hubiera ofrecido el precio. Y yo pienso que el comprador debe ofrecerlo, si quiere desligarse de la fuerza de la cláusula comisorio; pero si no tuviese a quien ofrecer el precio, podrá estar seguro (Ulp. 32 ed.)";

¹ D. 12, 1, 22 (ver nota pág. 72); D. 13, 3, 4 (ver nota pág. 72); D. 45, 1, 114 (ver nota pág. 53). También se aplica esta noción de mora a las obligaciones pecuniarias e intereses moratorios: D. 22, 1, 32, 2.: "En los contratos de buena fe se deben intereses por la mora (Marcian. 4 regul.)"

- PRESUPUESTOS SUBJETIVOS:

d) La culpa del deudor del retraso en el cumplimiento de la obligación vencida y exigible.

La necesidad de atender a los aspectos subjetivos no quiere decir plantear el problema de la mora en clave de culpabilidad-negligencia. Interpretarlo así, significaría desplazarse del punto de vista de los jurisconsultos, adoptando una simplificación propia de los siglos posteriores, en los que este planteamiento se hace necesario por la reducción a reglas generales y universales de la casuística¹.

El problema que preocupaba a estos juristas era establecer, caso por caso, si el hecho de que la prestación no se hubiera realizado en el tiempo debido, había dependido o no del deudor (*si per lum steterit quominus solveretur*). Ello no significa que el retraso para que el deudor respondiese debía ser culpable. Los juristas consideraban la situación subjetiva del retraso cuando les era útil hacerlo. Lo hacían sin referirse a criterios de responsabilidad como culpa, caso fortuito, fuerza mayor o negligencia. Solamente era considerado el dolo.

"Si aquello que debes darme hubiese perecido después de que por acto

¹ En opinión de A. CANNATA, op.cit., p. 925. A favor de la tesis de la mora como retraso culpable, entre otros, ARIAS RAMOS, op.cit, p.333; JORS - KUNKEL, op.cit, p. 262; F. SCHULZ, op.cit., p.461. En contra, CANNATA, op.cit., p. 925, G. PIOLA, op.cit., p.849.

tuyo me lo hubieras dejado de dar, es claro que esa pérdida ha de ser tuya. Mas, cuando se indaga si fue por acto tuyo, deberá tenerse en cuenta, no sólo si podías dar o no y si obraste o no con dolo para no poder o no haber podido, sino también si existía alguna justa causa en virtud de la cual debieras entender que estabas obligado a dar (Pomp. 22 Sab.)." (D. 12, 1, 5)

Es general entre los romanistas la opinión de que para que la mora exista es necesaria la presencia de culpa en el deudor. El retraso ha de ser un retraso culpable. Ahora bien, más que de culpa se debe hablar de retraso injustificado o imputable al deudor, ya que si éste tenía un motivo justificado para retrasarse en el cumplimiento de la obligación, no hay mora. Prueba de ello es el texto de Pomponio que se acaba de transcribir. Se habla de motivo justificado o no imputable al deudor si existe un impedimento material o jurídico para el cumplimiento de la obligación. Pero los motivos del retraso deben tener una base objetiva ya que no basta que sean razonables o justificados sólo subjetivamente. Por ejemplo: No existe mora si el acreedor se ha negado a recibir injustificadamente la prestación (*mora creditoris*), si el acreedor pretende más de lo que se debe (no estará en mora en aquello que exceda de lo que realmente debe), si la deuda no es líquida en su totalidad y se necesita de una experta operación para su liquidación (inexistencia de la obligación), etc..¹.

¹ D. 22, 1, 13; D. 46, 3, 39; cod.102.: "El que prometió intereses del seis por ciento estuvo pagando durante muchos años unos intereses más bajos. El heredero del acreedor reclama el seis por ciento. Si no se debió al deudor que pagase los intereses menores, pregunto si se interpondrá la acción de dolo o la de pacto. Respondí que, si no hubo mora del deudor en el pago durante tanto tiempo de los intereses

Por el contrario, se puede decir que, como regla general, el deudor se encuentra en mora (claro está, una vez cumplido el requisito de la intimación) "si no da cuando debe dar y puede hacerlo", o "cuando no da y sabe que debe dar", o si se ha colocado dolosamente en la imposibilidad de dar. Es decir, cuando ha llevado a cabo actividades tendentes a hacer irrealizable una prestación posible, en modo tal que parezca, a primera vista, ausente la mora.¹

acostumbrados, podría, conforme a los términos del caso propuesto, oponerse la excepción (Scaev. 1 resp.)"; "Si al ir a pagarte una cantidad, yo la hubiera consignado, con tu autorización, sellada en poder de un banquero hasta que fuera aceptada, escribe Mela, 10 [dig.], que esa cantidad queda a tu riesgo. Lo que es cierto con el aditamento, sin embargo, de que se tenga muy en cuenta si ha dependido de ti que no fuera inmediatamente aceptada, pues entonces es como si, estando yo dispuesto a pagar, tú no quieres por alguna causa cobrar. En este caso no siempre el riesgo será siempre tuyo, porque ¿qué diremos si yo hubiera hecho la oferta de pago en un momento o lugar inoportuno?. Creo que es consecuente con esto el que también cuando un comprador consigna el dinero y el vendedor la mercancía, por tener poca confianza el uno en el otro, esté el dinero a riesgo del comprador, siempre que fuera él quien eligió el depositario, y también la mercancía, puesto que la compra quedó ya perfeccionada (Afr. 8 quaest.)"; "Un acreedor difirió para otro día el aceptar una cantidad que le ofrecía el deudor; luego, aquella moneda, que era la usada en aquella ciudad, fue abolida por orden del gobernador como moneda de baja ley; asimismo quedó inutilizado el dinero de un pupilo que guardaba el tutor para poder invertirlo en créditos seguros: se preguntó quién debía sufrir la pérdida. Respondí que, conforme a los términos de los casos propuestos, la pérdida no debía sufrirla ni el acreedor [en el primer caso], ni el tutor [en el segundo] (Scaev. 5 resp.)".

Vid. también, D. 21, 1, 21; cod. 22; eod. 24; cod. 47.

¹ D. 45, 1, 137, 4; D. 50, 17, 99; D. 45, 1, 23 (Ver este paso en nota pág. 69): "Debe verse si el que prometió que se daría cien mil sestercios queda obligado inmediatamente o si se suspende la obligación hasta que pueda allegar la cantidad. Porque ¿qué ocurre si no la tiene en casa ni encuentra quien se la preste?. Pero esto no es ya un impedimento natural y depende de la mayor o menor facilidad para pagar, y ésta se refiere a la mejor o peor posición de una persona, y no a las cosas que se prometen; si no, tendríamos que preguntarnos, cuando uno ha prometido que se daría el esclavo Estico, dónde se halla este Estico, o si no parece que hay mucha diferencia entre prometer darlo en Efeso o, estando él en Roma, prometer dar lo que está en Efeso, pues también esto tiene que ver con la facilidad para el pago, porque tanto en el caso de una cantidad como en el del esclavo Estico hay de común el que el promitente no puede pagar inmediatamente. Como regla general, las causas de dificultad en la posición del promitente no deben ser un impedimento para el estipulante, no vaya a ser que se diga también que el que prometió dar un esclavo ajeno no puede darlo porque el dueño del mismo no quiere venderlo (Ven. 1 de stip.)". Este paso de Venuleyo es de gran importancia ya que resuelve, dando una regla general, uno de los problemas más discutidos entre los civilistas de nuestro tiempo. El problema de la configuración de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. El deudor debe estar afectado por una imposibilidad objetiva de prestar y sus circunstancias personales no afectan al derecho de crédito del acreedor. Además, como se dice en este pasaje, no hay que diferenciar el tipo de prestación de que se trate, puesto que esta regla sirve tanto para las obligaciones de dar específicas o determinadas (el esclavo Estico) como para las genéricas y pecuniarias (cien mil sestercios). "No puede considerarse que no es honrado quien ignora cuánto debe pagar (Ven. 12 stip.)".

En las fuentes se sobreentiende que el deudor que ha sido intimado conoce su deuda (sabe que debe dar¹). Sin embargo, en ciertos casos, para concretar su culpabilidad no son suficientes la existencia de tal intimación o la demanda judicial.

La mora presupone una deuda vencida y exigible frente a la cual se pueda actuar en juicio. Pero, el momento de la acción y el de la constitución en mora no son, casi en ningún caso, coincidentes. Desde la llegada del *dies veniens* el acreedor puede exigir judicialmente el pago de la deuda² y el deudor puede ser compelido a pagarla³, pero ello no concreta de por sí la existencia de la situación de mora en el deudor. Es al comportamiento reprochable del deudor al que se debe hacer referencia. Después del vencimiento de la obligación el acreedor puede actuar, incluso, en algunos supuestos, sin haberle intimado, porque la demanda judicial del acreedor equivale a la *interpellatio*⁴. Pero si el deudor demandado está dispuesto a *accipere iudicium*, no se le considerará constituido en mora

¹ Repetido en otras partes de este capítulo D. 45, 1, 23 : "Si me debes un determinado esclavo a causa de legado o de estipulación, no respondes si este se muere, más que si dejaste por tu parte de dármelo cuando estaba vivo, como sucede si no me lo diste cuando te interpele para que me lo dieras, o si tu mismo le has dado muerte (*Pomp. 9 Sab.*)".

² D. 50, 16, 213 (ver en nota pág. 65).

³ D. 46, 3, 103.: "Cuando el que debe varias deudas paga una cantidad, piensa muy ajustadamente Juliano que debe considerarse pagada la obligación por la que, en el momento de hacerse el pago, el deudor podía ser compelido a pagar (*Maec. 2 fideic.*)".

⁴ D. 44, 7, 45.: "No queda obligado el que debía por estipulación el esclavo Estico y lo hubiera manumitido antes de incurrir en mora, si el esclavo muere antes de que se demande al promitente por aquella obligación, pues no parece haber dejado de cumplirla a causa de un acto propio (*Paul. 5 Plaut.*)".

En las fuentes se sobreentiende que el deudor que ha sido intimado conoce su deuda (sabe que debe dar¹). Sin embargo, en ciertos casos, para concretar su culpabilidad no son suficientes la existencia de tal intimación o la demanda judicial.

La mora presupone una deuda vencida y exigible frente a la cual se pueda actuar en juicio. Pero, el momento de la acción y el de la constitución en mora no son, casi en ningún caso, coincidentes. Desde la llegada del *dies veniens* el acreedor puede exigir judicialmente el pago de la deuda² y el deudor puede ser compelido a pagarla³, pero ello no concreta de por sí la existencia de la situación de mora en el deudor. Es al comportamiento reprochable del deudor al que se debe hacer referencia. Después del vencimiento de la obligación el acreedor puede actuar, incluso, en algunos supuestos, sin haberle intimado, porque la demanda judicial del acreedor equivale a la *interpellatio*⁴. Pero si el deudor demandado está dispuesto a *accipere iudicium*, no se le considerará constituido en mora

¹ Repetido en otras partes de esta capítulo D. 45, 1, 23 : "Si me debes un determinado esclavo a causa de legado o de estipulación, no respondes si este se muere, más que si dejaste por tu parte de dármelo cuando estaba vivo, como sucede si no me lo diste cuando te interpele para que me lo dieras, o si tu mismo le has dado muerte (*Pomp. 9 Sab.*)".

² D. 50, 16, 213 (ver en nota pág. 65).

³ D. 46, 3, 103.: "Cuando el que debe varias deudas paga una cantidad, piensa muy ajustadamente Juliano que debe considerarse pagada la obligación por la que, en el momento de hacerse el pago, el deudor podía ser compelido a pagar (*Maec. 2 fideic.*)".

⁴ D. 44, 7, 45.: "No queda obligado el que debía por estipulación el esclavo Estico y lo hubiera manumitido antes de incurrir en mora, si el esclavo muere antes de que se demande al promitente por aquella obligación, pues no parece haber dejado de cumplirla a causa de un acto propio (*Paul. 5 Plaut.*)".

categoría de mora anómala para poderla utilizar sus soluciones a situaciones análogas en las que no aparece la mora en sentido propio o *mora ex persona*¹. Conviene tener en cuenta cuando se habla de una mora en sentido amplio, porque no es *ex persona*, se hace referencia a aquella situación en la que se encuentra el deudor no por su comportamiento doloso o culpable en el cumplimiento de su obligación, sino porque se le ha imputado por una causa que los juristas estiman que debe hacérsele responsable (por ejemplo, por culpa levísima o caso fortuito). Pero en caso alguno, la mora en sentido amplio o *ex re* hace referencia al requisito de la interpelación. La intimación es el vehículo formal por el que se obtiene la traslación de los riesgos y la indemnización de los perjuicios. Es un requisito formal para situar al deudor en esa situación especial que es su incursión en mora y nada más.

¹ D. 31, 87, 1; D. 40, 5, 26, 1 (ver la transcripción del paso en la pág. 74); D. 22, 1, 32, pr.; D. 22, 1, 23, 1; D. 34, 4, 3, 2; D. 22, 1, 38, 1: "El fideicomiso dejado a una joven a partir de sus veinticinco años, respondí que devenga intereses moratorios desde que ella los cumplió. Aunque se establece en constituciones imperiales que se deben siempre intereses a los menores de veinticinco años, sin embargo, no se da aquí una mora de las que basta para que devenguen indefinidamente los intereses moratorios. (Paul. 14 resp.)"; "Si el deudor se vió súbitamente en la necesidad de ausentarse por causa oficial de la ciudad, de modo que no pudo nombrar representante, no se entiende que incurra en mora; o si cayera en prisión o en poder de los enemigos. A veces suele apreciarse la mora incluso por una circunstancia de hecho, por ejemplo, si no hay a quien poder demandar. (Ulp. 34 ed.)"; "Lo mismo hay que decir en el caso de una herencia fideicomisaria, restituida a un impúber o, si éste moría antes de la restitución a su madre: de modo que, si el hijo hubiese muerto antes de ceder el día del legado, se debe a su madre, si después, se transmite el fideicomiso a los herederos del pupilo, siempre que se hubiese incurrido en mora para la restitución. (Ulp. 24 Sab.)"; "Si un fundo fue dado por alguna causa, a causa de dote, por ejemplo, y se desistió del matrimonio, deben restituirse también los frutos, es decir, los percibidos en el tiempo en que se esperaba el matrimonio, pero también los posteriores si hubo mora en la restitución, de modo que deben ser restituidos sin distinción por el que ha de devolver el fundo. Incluso si el matrimonio dejó de contraerse por parte de la mujer, debe ésta recuperar los frutos: la razón es que si el prometido no pudiera ser demandado para restituir los frutos, descuidaría el fundo. (Paul. 6 ad Plaut.)"; También en C. 4, 7, 7, a.294.

3.- Efectos de la constitución en mora del deudor.

Los efectos de constitución en mora se producen desde el momento mismo en que ésta se verifica. Si el contrato o estipulación establece los efectos de la mora, éste rige entre las partes contratantes. Si nada se ha pactado se puede decir que, en general, son dos los efectos que se persiguen con la constitución en mora del deudor: la llamada *perpetuatio obligationis* y el abono de los frutos e intereses (en un principio este último efecto sólo era posible en las obligaciones de buena fe pero más tarde, se amplió a los legados y fideicomisos).

a) La *perpetuatio obligationis*.

Ya se ha explicado como los jurisconsultos romanos idearon la ficción de la perpetuación de la obligación en el caso de que la cosa debida (en la *stipulatio de dare una certa res*) hubiera perecido antes de la *litis contestatio* por culpa del deudor o estando constituido éste en mora o lo que es lo mismo, requerido al cumplimiento por su acreedor. No se consideraba justo que por el hecho de que la cosa ya no existiese se absolviera al deudor de su responsabilidad por incumplimiento. Para evitarlo se pasó a considerar que siempre que el deudor debiera responder de su incumplimiento, la obligación se estimaría subsistente, su objeto existente y el acreedor podía pedir en juicio la prestación de la cosa debida,

como si ésta no hubiera perecido.

Los juristas clásicos continuaron utilizando esta fórmula aunque la aplicaban como solución al problema del riesgo contractual, y no al de la indemnización de los daños. El hecho de estar el deudor constituido en mora transfería del acreedor al deudor el riesgo de la pérdida por caso fortuito de la cosa debida. Ya no era una ficción. La conducta culpable, jurídicamente imputable del deudor, o por encontrarse incurso en mora, actuaba directamente sobre la relación obligatoria, perpetuando la obligación y haciéndola insensible a cualquier suceso posterior que de haber ocurrido antes de la constitución en mora hubiera dado lugar a la extinción o reducción de la responsabilidad del deudor¹.

Para la doctrina antigua este efecto de la mora era absoluto y no se podía

¹ D. 12, 1, 5; D. 45, 1, 82, 1; D. 45, 1, 91, 3, en el mismo orden: "Si aquello que debes darme hubiese perecido después de que por acto tuyo me lo hubieras dejado de dar, es claro que esa pérdida ha de ser tuya. Mas, cuando se indaga si fue por acto tuyo, deberá tenerse en cuenta, no sólo si podías dar o no y si obraste o no con dolo para no poder o no haber podido, sino también si existía alguna justa causa en virtud de la cual debieras entender que estabas obligado a dar (Pomp. 22 Sab.)"; "Si el esclavo prometido hubiera muerto después de incurrir en mora quien lo prometió, queda éste obligado, sin embargo, lo mismo que si viviera el esclavo. (Ulp. 78 ed.)"; "Queda por ver cómo debe entenderse aquello que establecieron los antiguos para el caso de que intervenga culpa del deudor: que se perpetúa la obligación. Ciertamente, si el promitente hubiera hecho algo para no poder pagar, el principio resulta claro, pero, en caso de haber incurrido en algo de mora, se duda, si, al dejar de estar en mora se extingue el efecto de la mora anterior. Escribía Celso en su juventud que el que ha incurrido en mora para el pago del esclavo Estico que ha prometido, puede enmendar tal mora mediante el ofrecimiento posterior de pago, y que era una cuestión de apreciar lo bueno y justo, un tema dice Celso, en el que muchas veces se yerra perniciosamente con el pretexto de la autoridad de la ciencia del Derecho; y parece bastante aceptable esta opinión, que también sigue Juliano, pues cuando se trata del perjuicio [que causa la mora] pero las dos partes han incurrido en ella ¿por qué no va a tener preferencia el que tiene la cosa respecto al que la reclama?. (Paul. 17 Plaut.)". Leyendo el principio de este último paso se puede ver como los jurisconsultos establecían que para cualquier caso de culpa del deudor, entendida ésta como imputabilidad, se debía aplicar la *perpetuatio obligationis*, por lo que no cabe duda del origen de nuestros artículos 1.182 y 1.183 en conexión con el 1.096 del Código Civil, ni de su fundamento jurídico o razón de ser.

hacer modificar por cualquier prueba en contrario del deudor, ni hacer cesar con algún acto posterior, salvo, claro está el cumplimiento o la mora del acreedor.

Se admitió, sin embargo, una excepción al efecto absoluto de la *perpetuatio obligationis*. La prueba por parte del deudor, salvo que se tratase del autor de un delito como el *furtum*, de que la cosa hubiera perecido igualmente de haberse encontrado en poder del acreedor¹.

b) El abono de los frutos e intereses.

En las obligaciones de buena fe y más tarde en los legados y fideicomisos con la constitución en mora del deudor se originaba otro efecto a añadir a la *perpetuatio obligationis*: la obligación del deudor de abonar los frutos e intereses producidos desde ese momento². Si la deuda era dineraria, la mora devengaba

¹ D. 10, 4, 12, 4; D. 16, 3, 14, 1: "Si muere el esclavo después de la litiscontestación, aunque sea sin dolo malo y culpa del poseedor, sin embargo, éste ha de ser condenado a veces a la cuantía del interés que tenía el demandante en que no se hubiera dejado de exhibir al esclavo en el momento de la litiscontestación; tanto más si se probara que murió por un accidente que no habría ocurrido si hubiese sido exhibido en su momento (Paul. 26 ed.)"; "Pero si se hubiere demandado contra el mismo depositario o contra su heredero y la cosa hubiera perecido por su propia naturaleza antes del fallo judicial, por ejemplo, si el esclavo hubiera muerto, dijeron Sabino y Casio que el demandado debe ser absuelto, porque es justo que la muerte natural afecte al demandante; por supuesto, cuando aquella cosa hubiera tenido que perecer aunque se hubiera restituído al actor. (Gai. 9 ed. prov.)". Como se verá más adelante, ésta idea pasó a las codificaciones actuales que excepcionan la perpetuación de la obligación en el caso de el deudor pruebe que la cosa objeto de la prestación hubiera igualmente perecido de haberse entregado a su debido tiempo al acreedor. El Código civil español, al contrario de lo que ocurre en los de su entorno, no acogió esta excepción, aunque sí estaba recogida en los proyectos anteriores.

² D. 22, 1, 8; ; D. 22, 1, 38, 8; D. 17, 1, 10, 2; eod. 3; eod. 9; D. 22, 1, 32, 2; D. 46, 6, 10; D. 16, 3, 25, 1; D. 19, 2, 54, pr.; D. 18, 6, 20.: En un fideicomiso de yeguas, se deberá también, como fruto, la cría nacida después de la mora, pero la cría de la cría, como producto, al igual que el hijo de una esclava. (Pap. 7 resp); "También deben restituirse los frutos en la acción de compra. (Paul. 6 ad Plaut.)"; "Si un procurador, consiguió frutos de un fundo que me compró, deberá restituirlos también por ministerio del juez. (Ulp. 31

intereses. Son los llamados intereses moratorios, que se contraponen a los convencionales, establecidos por expresa estipulación entre las partes, y a los legales, que derivan de una disposición legal sin necesidad de constitución en mora. Los intereses moratorios se diferencian de los legales por el hecho de que se deben sólo si el juez los estima en la condena¹ y por tanto, no existía una

ed.)"; "Si mi procurador tiene una cantidad mía, me debe intereses por la mora; pero si la prestó con interés y lo cobró, hay que decir en consecuencia, que debe dar los emolumentos percibidos, tanto si yo se lo mandé como si no, porque se acomoda a la buena fe el no lucrarse con la cosa ajena; pero si no negoció con el dinero, sino que lo empleó en provecho propio se demandará por los intereses que, según la tasa legal son frecuentes en cada región. Por último, dice Papiniano que, incluso si el procurador hubiese cobrado intereses y los empleó en su provecho, debe responder de esos intereses (Ulp. 31 ed.)". Este último paso de Ulpiano ayudará más adelante a comprender la regulación que realiza el Código Civil (artículos 1.108 y siguientes) de los intereses debidos por el retraso. "El mismo Labeón dice, y es cierto, que esta acción de mandato incluye la rendición de cuentas, y así como el procurador se obliga a restituir los frutos, así debe deducir los gastos que hizo al percibir los frutos. Así también, si hizo gastos de transporte al recorrer los predios, creo que debe ponerlos también en cuenta, salvo que fuese y se conviniere que hiciera a su coste estos gastos de viaje, es decir, a costa del salario (Ulp. 31 ed.)"; "En los contratos de buena fe se deben intereses por la mora. (Marcian. 4 regul.)"; "Si después de haber llegado el pupilo a la pubertad el tutor se hubiera demorado en restituir la tutela, es evidente que³ tanto él como sus fiadores responden por los frutos e intereses moratorios. (Afric. 3 quaest.)"; "El depositario que gastó en sus propias cosas el dinero depositado sin ser sellado, para que devolviese otro tanto, después de la mora ha de ser condenado también en la acción de depósito, a [pagar] los intereses. (Pap. 3 resp.)"; "Pregunto si el fiador del arrendatario estará obligado también por los intereses de las rentas o pagadas, y si no le favorecen las constituciones en las que se prevé que aquellos que han de pagar una cantidad por otros, sólo deben responder de la pérdida del capital. respondió Paulo que si el fiador se obligó también en toda la deuda del arrendamiento debe responder lo mismo que el colono de los intereses de las rentas que se abonan con retraso por mora del colono. Pues los intereses, en las acciones de buena fe, aunque más que nacer de la misma obligación se imponen por el arbitrio del juez, no obstante, si el fiador se obligó por toda la deuda parece justo que él mismo responda de la carga de los intereses, como si hubiese hecho así la fianza: "¿afianzas en tanto en cuanto él deba ser condenado según la buena fe?" o bien así: "¿responderás de que yo quede indemne?". (Paul. 5 resp.)"; "Si el comprador hubiese incurrido en mora para pagar el precio al vendedor, le dará solamente los intereses, pero no todo lo que el vendedor pudo haber conseguido de no haber tenido lugar la mora, como por ejemplo, si el vendedor fuese mercader y pudiese haber logrado con el precio de las mercancías un rendimiento mayor que los intereses (Harmog. 2 iur. epit.)". Vid. también en Gayo. 2, 280 y Frag. Vat. 65.

¹ D. 16, 3, 24; D. 19, 2, 54, pr. (Ver este último en nota): "Lucio Ticio saluda a Sempronio: Por la presente carta escrita por mi mano te notifico que las cien monedas que en este día me has encomendado y me entrega tu agente el esclavo Estico, están en mi poder, para que te des por enterado. Te las entregaré inmediatamente, cuando y donde quieras". Se pregunta acerca del incremento de los intereses. Respondí que tiene la acción de depósito porque ¿qué es encomendar sino depositar?. Lo cual es cierto si se hizo para que se devolvieran las mismas monedas, porque si se convino que se diese en pago otro tanto -no lo mismo- no puede decirse fácilmente que se computan los intereses. Y está establecido para los juicios de buena fe, por lo que se refiere a los intereses, que el ministerio del árbitro puede tener el mismo efecto [de obligar al pago de intereses] que la estipulación; pero va contra la buena fe y la naturaleza del depósito el pedir intereses, antes de incurrir en mora, de aquél que hizo el favor de recibir la cantidad. Pero si se convino inicialmente sobre el pago de intereses, se observará lo dispuesto en el contrato. (Pap. 9 quaest.)".

acción para reclamarlos si el juez había omitido atribuirlos o el propio demandante no los había solicitado¹.

4.- La *purgatio morae* o fin de la mora del deudor en el Derecho romano.²

La situación de mora del deudor y, por lo tanto, los efectos que con ella se han logrado, puede cesar con una oferta formal de la prestación debida, hecha por el deudor al acreedor. En principio, es indiferente para el deudor que el acreedor acepte esta oferta o no. La situación acaba y sus efectos se extinguen.

En el Derecho romano clásico la simple oferta de cumplimiento no liberaba *ipso iure* al deudor de los efectos que con la constitución en mora se alcanzaban. Esto sólo y excepcionalmente ocurría cuando el deudor demostrase que la oferta había sido injustamente rechazada por el acreedor, lo que podía suceder en los *iudicia stricta* mediante el ejercicio de la *exceptio doli*, pero no así en los *iudicia bona fidei*, en los que no era necesaria.

Que la oferta de cumplimiento podía producir el efecto extintivo de la

¹ D. 19, 1, 49, 1; C. 4, 34, 4.: "No pueden exigirse los intereses del precio, aun cuando se pague en mora el importe del precio, porque no entran en el objeto de la obligación, sino que deben ser entregados por ministerio del juez. (Hermog. 2 iur. epit.)".

² El tema de la purga de la mora en el derecho romano está amplia y detalladamente estudiado por GUARNERI CITATI en "Contributi alla dottrina della mora". Annali della Università di Palermo, tomo XI, 1923, p.222 y s.s.

mora, si el acreedor se negaba injustificadamente a aceptarla se deduce, entre otros de *D.13.5.17* y *D.46.3.72.pr.*: *"Pero si el deudor ofrece cumplir en otro día y el demandante no quiso aceptarlo, sin existir justa causa para no aceptarlo, es justo que se acuda en favor del demandado, ya con una excepción o con una interpretación que le sea justamente favorable, a fin de que el acto del demandante, hasta el momento del juicio, perjudique al mismo demandante, y que las palabras "y no cumplió" se entiendan en el sentido de que no lo hubiera hecho dentro del plazo constituido ni después (Paul. 29 ed.)"; "Si el deudor de diez mil sestercios hubiera ofrecido el pago al acreedor, pero éste recusó sin justa causa el cobro de los mismos, y luego el deudor los hubiera perdido sin culpa suya, podrá defenderse con la excepción de dolo malo, aunque hubiera dejado de pagar en otro momento anterior en que se le interpelló para que pagara; porque no es justo que responda del dinero perdido, del que no respondería si el acreedor hubiese querido cobrar. Por lo cual, debe valer como pagado aquello en cuyo cobro se demoró el acreedor. En verdad, si había un esclavo en la dote y el marido ofreció pagarlo, pero luego el esclavo se murió. o bien ofreció pagar el dinero y lo hubiera perdido por no querer cobrarlo la mujer, se librará del propio derecho (Marcell. 20 dig.)"*¹. Además, se requería que la mora no hubiese ocasionado daños al acreedor (*D.2.11.8*; *D.45.1.135* y

¹ En este último pasaje del Digesto se reafirma otra vez la idea que aquí se defiende de que para los juristas romanos el instituto de la constitución en mora del deudor era esencialmente un medio para trasladar al deudor retrasado los riesgos por la pérdida de la cosa debida. En caso de obligaciones de dar (un esclavo o el esclavo Estico) el ejemplo es siempre la muerte del esclavo y en las pecuniarias, la pérdida de los sestercios que se hubieran prometido. Con este ejemplo se demuestra además el carácter casuístico en la aplicación de la regla *genus nunquam perit* en las obligaciones pecuniarias.

D.19.2.24.4.¹) y que la oferta tuviese lugar antes de la *litis contestatio*.

En el Derecho clásico la única vía para que el deudor purgara su mora, si la oferta había sido injustamente rechazada por el acreedor, era acudir a los *iudicia stricta* mediante el ejercicio de una *exceptio doli*.

La excepción es que el acreedor se haya negado a aceptar la oferta por un motivo justificado (*iusta causa non accipiendi*), por ejemplo, que la oferta no sea conforme al contenido de la obligación², que el acreedor se haya visto particularmente dañado por el retraso³, que la prestación, después del vencimiento del término, careciera de utilidad para el acreedor, o que la oferta de cumplimiento se realizase en lugar distinto al pactado originariamente⁴

A veces, era necesaria la actuación del juez para establecer si existía o no *iusta causa non accipiendi*. Este, en el ámbito de los *iudicia stricta*, debía llevar a cabo un examen minucioso del contenido y de las condiciones impuestas en la

¹ "Y si después de tres, cinco o más días de la fecha en que el demandado prometió comparecer en juicio se presentara ofreciéndose al demandante y no se hubiese perjudicado con la mora el derecho de éste, es consecuente decir que debe defenderse el demandado mediante la excepción (Gai. 29 ed. prov.); "Si uno hubiera hecho una promesa diciendo "te daré diez mil sestercios cuando me los pidas, y los intereses a los treinta días", pregunto si estos intereses se deben desde el momento de la estipulación o desde el día en que se solicitara la restitución. respondí que, conforme a los términos del caso propuesto, se debían desde el día de la estipulación, a no ser que se pruebe claramente que fue otro el acuerdo (Scaev. 5 resp.)"; "

² D. 13, 5, 17; D.44.4.15; 13.4.2.y 7; 46.3.39; 2.11.135; 45.1.24.

³ D. 45, 1, 135, 2; D. 2, 11, 8; D. 46, 3, 72, 1; D. 46, 2, 14, pr.; D. 13, 1, 17; D. 45, 1, 56, 8.
A la oferta se equipara la promesa o *stipulatio* de la prestación debida.

⁴ D.45.1.122; eod.137.2

oferta, de la contestación del acreedor y de los motivos que habían dado lugar a su rechazo¹

En el Derecho Justiniano se observa un gran cambio en el modo de operar de la purga de la mora. Se admite la extinción automática de la mora y la consiguiente liberación del deudor con la realización de la oferta al acreedor². Los romanistas más autorizados³, explican este cambio tan radical en la protección que Justiniano dispensó, por vez primera en la historia del Derecho romano, a los deudores. Esta tutela se manifestó, por ejemplo, en la ampliación de los plazos en los que el deudor podía satisfacer su crédito con eficacia liberatoria⁴. También, en el reconocimiento del derecho del deudor de restituir la cosa en cualquier momento del proceso, evitando de este modo la condena⁵ y en la posibilidad de liberarse mediante el depósito⁶ o mediante la *exceptio doli* que podía ejercitarse, ya no hasta la *litis contestatio*, sino hasta el momento de la condena⁷

¹ D.45.1.135.2; D.12.2.9.pr; D.45.1.91.3; D.44.4.15; D.13.5.17; D.4.8.21.9; D.2.11.8; D.45.1.73.2; D.46.3.72.pr.

² D.13.5.16; 13.5.17; 13.5.18; 45.1.84;

³ Así, RICCOBONO, BIONDI, SIBER, MESSINA VITRANO y MONTEL, todos ellos citados por éste último, op. cit. p.233, notas 1 a 4.

⁴ D.4.8.52; D.13.4.10; D.4.8.21.12.

⁵ D.4.2.9.7 y 8; 4.2.14.14 y 15; 4.2.16.1.

⁶ D.3.3.73; 13.4.4.1; 4.3.17.1.

⁷ D.12.6.23.3; D.19.1.47; D.45.1.122.2

Después de realizar la oferta el deudor se encuentra como si nunca se hubiera encontrado constituido en mora y, por consiguiente, el riesgo y la responsabilidad por caso fortuito corresponde al acreedor¹. En lo que se refiere a los intereses moratorios, la *purgatio morae* impide que continúen generándose, pero subsiste la obligación de pagar aquellos que estén ya vencidos².

Otro efecto importante es la reducción al dolo de la responsabilidad por incumplimiento, sea cual fuese la causa de aquélla y, por tanto, la pérdida no dolosa de la cosa extingue la obligación.³

La oferta del deudor no aceptada por el acreedor sin justo motivo provoca la llamada *mora creditoris* o mora del acreedor, con los mismos efectos para aquél que tiene la del deudor (traslado del riesgo). Finaliza con la aceptación de la oferta y prestando la colaboración necesaria al deudor para el cumplimiento de su obligación. Si la mora del acreedor ha sido gravosa para el deudor por la conservación de la cosa, éste goza de un derecho de retención por la indemnización respectiva⁴.

¹ D. 45, 1, 73, 2; D. 24, 3, 26; D. 13, 1, 8, pr. También, la oferta del ladrón al propietario de la cosa extingue la mora: D. 46, 3, 72, 3; D. 45, 1, 29, 1; D. 13, 1, 17.

² D. 26, 7, 28, 1; C. 4, 32, 9.

³ D. 18, , 6, 18; D. 24, , 3, 9; D. 18, 6, 5; D. 45, 1, 105; D. 46, 3, 72, pr.; D. 46, 3, 9, 1.

⁴ D. 19, 1, 38, 1; D. 33, 6, 8; D. 18, 6, 1, 3.

II.- LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DERECHO INTERMEDIO A LA CODIFICACIÓN.

1.- La constitución en mora del deudor en el Derecho intermedio.

No resulta fácil averiguar cómo se produjo la recepción en el Derecho Intermedio de las reglas romanas sobre la constitución en mora del deudor. Cuenta MONTEL¹ que algunos glosadores medievales se mostraron preocupados, en un principio, por la dificultad que entrañaba dar una definición de la constitución en mora, ya que en las fuentes romanas no aparecía ninguna². Pero estas primeras resistencias cedieron cuando se vieron tentados a criticar las definiciones que daban sus contemporáneos, y así, por ejemplo, ARUMEO la definió como "*mecum tamen cognoscite, num in sequenti modo mora definire posit, ut sit frustratio opportune non...offerentis debitum*". FERRETO, por su parte: "*morari itaque est eum qui petit...differre et producere, et per se stare quominus aut detur, aut tradatur, aut fiat quod dandum, tradendum, faciendum est*", de DONELLO es la siguiente: "*mora est cunctatio...debitoris in praestando eo quod...debeat*". ACCURSIO expresa el concepto de mora como "*mora est cum quis maior 14 anno, non habens curatorem*,

¹ Esta primera parte sobre la constitución en mora del deudor en el Derecho intermedio se apoya fundamentalmente en las obras de A. MONTEL, *La mora del debitore*, Padua, 1930; A. CANNATA, *Mora del debitore* (Storia); *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVI, 1976; G. ASTUTI, *Obbligazioni* (diritto intermedio), *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIX, 1979; F. BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia 1987; F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, vol. I, Turin 1921; R. SALEILLES, *Étude sur la Théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, Paris 1923; Y, en los textos de Las Siete Partidas, Novísima Recopilación y Fuero Real.

² Vid. A. MONTEL, *op.cit.* p.8, nota 1, que cita a ARUMEO, *Comm.method. de mora*, Ienae, 1608,2; a FERRETUS, *Libellus de mora et interesse*, Lugduni, 1564, n.10 quien opinó que "*rectius itaque fecissent nostri si sustinissent personam suam, hoc est interpretum, contenti intelligentia verbi, cuius definitio non de nihilo omisa fuit a iureconsulto*"; a DONELLUS, *Comment. in selectos quosdam titulos digestorum, ad tit. de usuris et mora*, (Opera omnia, Florencia, 1847, vol.10), n.2, "*itaque non subtili aliqua aut recondita ratione in hacce opus est ad definitionem, sed satis est vim verbi praecepisse*".

interpellatus per diei appositae lapsum, vel per eius cui debetur denunciationem congruo loco et tempore factam, cum intellegit se debere, vel intelligere debeat, nec omissa sit debiti repetendi instantia, sine causa distulit rei praestationem vel solutionem", ODOFREDO: "dilatio solutionis sine causa facta ad adulto debitore, sciente se debitorem vel scire debente, post interpellationem iudicalem vel extraiudicalem congruo loco temporeve factam". En todas estas definiciones se puede apreciar, dice MONTEL, que los comentaristas determinan cuándo se entiende que se incurre en mora, es decir, el momento en que empiezan a producirse sus efectos, pero no lo que la constitución en mora del deudor significa.

Fue a partir del siglo XVII, a juicio de este mismo historiador, cuando se empiezan a elaborar nociones más detalladas de la mora. Así, SAPORTA: "*mora est dilatio culpa non carens debiti solvendi*"; CUIACIO: "*mora est iniusta dilatio solvendi eius quod debetur*"; VOET: "*mora est solutionis faciendae... frustratoria dilatio*"; HOTOMANUS: "*mora est culpa praetermittendi officii in solvendo debito quae alteri damnosa est*". Pero lo cierto es que de todas estas definiciones no se puede extraer una idea o un concepto claro de lo que la constitución en mora significa en este período.

Las cuestiones que, según los investigadores, fueron más debatidas por los juristas del Derecho Intermedio, porque en todo lo demás parece que la doctrina de la mora fue recibida en la misma forma en que se encontraba en el Derecho romano clásico, fueron la necesidad de la interpelación para estimar al deudor constituido en mora, la existencia o no de supuestos de mora automática o *ex re* y los efectos de esta constitución.

Ha sido el texto del Digesto con el que se inició este capítulo el que ha determinado en gran parte la evolución de la doctrina y la polémica que hasta hoy se mantiene en torno a este instituto. Cuando el fragmento *D. 22, I, 32, pr* después

de advertir sobre la dificultad que supone dar una definición de mora "porque es una cuestión más de hecho que de derecho" y que "se incurre en mora no por el hecho mismo del retraso (*non ex re*) sino por la persona" (*sed ex persona*), dispone *id est si interpellatus oportuno loco non solverit* (es decir?, si interpelado en lugar oportuno no cumple). Es precisamente esta expresión *id est* la que dió lugar a algunos autores medievales a pensar que siempre era necesario el requisito de la interpelación para que la mora existiera, puesto que tradujeron este término como "es decir". Actualmente, como se explicó más arriba, los estudiosos del Derecho romano en su inmensa mayoría coinciden con DONELLO¹ y WOLFF, entre otros, en opinar que, contrariamente a como se interpretó, el acto de la interpelación del acreedor al deudor para que cumpliera su obligación fue introducido a título ejemplificativo, como en tantísimas ocasiones hacían los jurisconsultos romanos, ya que la expresión "*id est*" en este fragmento debe traducirse como *por ejemplo*.

¹ En *Opera omnia*, vol.X, p. 136: "*haec verba id est, exempli causa accipienda sunt pro veluti, vel ut puta, ut sit sensus moram fieri ex persona, ut puta si interpellatus oportuno loco non solverit*" citado por MONTEL, *op.cit.*, p.43, nota 5.

SIBER estima que esta es la única explicación admisible ya que entendido el fragmento como una definición explica poco sobre el instituto. "La *interpellatio*, dice, es un acto del acreedor, y, si en relación con aquella, la mora viene definida como *veniens ex persona*, esta expresión debería ser considerada como algo que tiene su origen en la persona del acreedor. Pero la mora del deudor se predica solamente de aquel que *moram facit*, por ello el elemento personal se debe buscar en él, y no en el acreedor. Además, uno de los principales efectos de la mora es la *perpetuatio obligationis*, que se verifica "*quotiens culpa intervenit debitoris*", y ésto prueba también que el elemento personal se refiere a la persona del deudor, a su culpa. Si bien es cierto que la culpa no se puede probar en muchos casos sin la *interpellatio*, no se ve motivo alguno para que en otros supuestos no pueda existir una *mora ex persona* sin ella. ¿Por qué deben ser casos de *mora ex re* los típicos del ladrón o del deudor que dolosamente se ausenta de su domicilio para evitar la *interpellatio*?. estas dificultades desaparecen, continúa SIBER, si se entiende el inciso polémico no como una definición, sino como un ejemplo, colocado o introducido para explicar mejor el concepto de *mora debendi*. La *mora ex persona* sería desde este punto de vista el retraso imputable, la verdadera mora". Esta teoría, dice MONTEL, es muy sugestiva porque, entre otras cosas, explicaría de un modo bastante satisfactorio la razón del porqué no aparece en los textos la llamada *mora ex re*, la mora en las obligaciones a término que realmente no necesitaban de interpelación, y acabaría con todos los obstáculos para la demostración del origen romano de l principio *dies interpellat pro homine*, sin embargo, a este autor no le parece suficiente. Nada impide pensar, continúa explicando, que los compiladores, interpolando el fragmento, le hayan dado el significado de distinguir los dos tipos de mora, dependiendo de la necesidad o no de la interpelación, conservando en todo caso el fundamento de la mora en la persona del deudor, y que se hayan encontrado con que las palabras utilizadas por los clásicos en su definición les servían perfectamente para expresar la distinción que perseguían.

Para este historiador, la categoría de la *mora ex re* es de origen justinianeo y no una invención de los juristas medievales, aunque en realidad, como él mismo reconoce, no se encuentra en las fuentes la locución *mora ex re*, sino a veces la de *mora in re* y *mora re*.

Además, añade CANNATA, que si los compiladores justinianos, si se acepta que se trata de una interpolación, hubiesen querido definir de este modo la constitución en mora, lógicamente habrían suprimido la primera parte del pasaje en la que se da por sentada la indefinibilidad de la constitución en mora. Esta lectura del pasaje principal de las fuentes sobre la mora por los juristas de Derecho común llevó a hacerles pensar que se trataba de una definición ("es decir, si interpelado...") y que, por lo tanto, la interpolación era un presupuesto de la misma.

Acto seguido, estos glosadores hacían derivar de tal opinión la consecuencia de que cuando en un pasaje se encontraban con un deudor incurso en mora sin que se detallase si había habido o no interpolación previa se trataba de un supuesto de mora *ex re*. Hay que tener en cuenta que el pasaje originalmente dice "*Mora fieri intelligitur non ex re sed ex persona*", lo que les hizo pensar que se estaba haciendo una distinción entre dos supuestos distintos de mora (*mora ex persona* y *mora ex re*). En realidad, según la doctrina romanista mayoritaria, lo que se quiso expresar con esta frase es que no bastaba el hecho mismo del retraso para generar la mora (retraso que, por otro lado, para los romanos era una cuestión de hecho), sino por la persona. Valoración que, además, dejaban al buen saber y entender del juez. Parece que lo realmente importante en el Derecho romano era la imputabilidad o no del retraso a la persona del deudor y que la interpolación sería un elemento probatorio de la misma. Si la interpolación, critica MONTEL, fuese requisito exigido para la constitución en mora del deudor, ¿la valoración de qué se dejaría en manos del juez?, ¿de si hubo o no interpolación? Que sea de hechos positivos como lo son la interpolación o el incumplimiento no parece probable, porque no son cuestiones de tal dificultad que necesiten del juicio del magistrado. Se trata, opina este autor con el apoyo de tantos otros historiadores, del elemento subjetivo, es decir, de averiguar o valorar si el retraso en el cumplimiento de la obligación ha ocurrido *ex persona*, término, por consiguiente, que no hace referencia al requisito de la interpolación sino a la imputabilidad del deudor en su retraso. Es

por esta razón, por la que se piensa, aunque los glosadores no lo interpretaron así, que el pasaje expuesto no contemplaba originariamente una distinción entre *mora ex persona* y *mora ex re*, sino que se limitase a afirmar que el fundamento de la mora no es un simple retraso de hecho (*ex re*), sino la incidencia de un elemento subjetivo (*ex persona*).

Ahora bien, se trate de una interpolación justiniana o de una distinción creada por los comentaristas medievales, lo cierto es que, como se ha dicho, los glosadores adoptaron la distinción entre la mora mediante interpelación o *ex persona*, que convierten en regla general, y la mora automática o *ex re* que tenía lugar en algunos supuestos específicos. Pero, para alcanzar esta tesis, además, tuvieron que superar otro obstáculo que fué la interpretación polémica que tuvo el fragmento *D.50,17,88*, tratado también anteriormente, que establece "*Nulla intellegitur mora ibi fieri ubi nulla petitio est*". En este punto, algunos juristas, como DONELLO o posteriormente VOET, quisieron ver la necesidad de cumplir con el requisito de la interpelación (*petitio*) como exigencia esencial para hablar de mora. No hay mora si el cumplimiento no ha sido requerido. Esta interpretación, no fue compartida, por ejemplo, por CUIACIO y BARTOLO, para quienes la expresión *petitio* se refiere a la exigibilidad de la obligación, a la tenencia de una acción mediante la cual hacer efectivo el derecho al cumplimiento de la obligación, puesto que además, como ya se ha puesto antes de manifiesto, ésta exigencia está inserta en un ejemplo de obligación natural. La defensa a ultranza del requisito de la interpelación para la existencia de la mora llevó a estos juristas a tener que superar la contradicción (o bien siempre es necesaria la intimación o bien existen supuestos de constitución en mora *ex re*) mediante una ficción. Presuponer que en estos casos de los pasajes ya estudiados, en los que no hay una interpelación expresa del acreedor, lo que hay es una intimación implícita, y será a partir de este momento cuando aparece como regla generalmente aceptada la máxima "*dies interpellat pro homine*". Comprueba MONTEL cómo cada vez que en las fuentes

se habla de mora, los glosadores y comenteristas del Derecho intermedio pretenden a toda costa que se presuma la interpelación, incluso cuando los pasos no se prestan en modo alguno a tal interpretación. Ejemplifica este ansia por cuadrar la glosa con supuestos como el interpretar el verbo *postulare* como sinónimo de *interpellare*. Por este motivo,—explica—, se cambian a menudo los términos *mora* e *interpellatio* y, también con esta finalidad, los sostenedores del principio de que en las obligaciones a término se incurre en mora sin necesidad de interpelación, consideran el término como un subrogado de la interpelación y se dice que *dies interpellat pro homine*.

Lo cierto es que los autores medievales a partir de este momento, parecen aceptar la existencia de dos tipos de constitución en mora distinta y resuelven el problema de la necesidad de la intimación dependiendo del caso concreto. A partir de este momento además, empiezan a dar definiciones más completas que las anteriores. De este modo, VOET explica la mora con las siguientes palabras: *Sciendum tamen, non ab homine tantum interpellationem fieri, sed et legem, atque etiam diem, pro homine interpellare, si modo dies certus obligationi adiectus sit. Dividitur mora, quod alia ex re fit, alia ex persona: haec frequentior, illa rarior. Mora ex persona fit, si interpellatus oportuno loco et tempore non solverit, seu, cum postulanti non datur...Mora ex re est, quae fit sine interpellatione, adeoque lege introducitur sine facto hominis; seu quando res ipsa moram in se continet*".

Sobre la forma en que debía hacerse la *interpellatio* los escritores de Derecho común sostuvieron durante mucho tiempo la necesidad de que se tratase de una intimación judicial¹, puesto que *interpellatio*, entre otras razones, significa intimación ante el juez. Además, el Digesto así lo exigía y por último, porque las

¹ "Potius iudicialis necessaria est, quoniam nemo iudex in causa propria esse potest", MADIHN (*Principia iuris romani*, citado por GLÜCK, *Comentario a las Pandectas*, libro II, tit.XIV, §329, n.24), vid. MONTEL, *op.cit.*, p.57, nota 1.

fuentes disponen que para determinar la *aestimatio* de un préstamo debe tenerse en cuenta el momento del *petitio in iudicio*, lo que significa que la mora sólo empezaría a partir de ese momento. MADAI¹ puso en entredicho esta doctrina ya que a su entender cuando el Digesto, en el paso tantas veces citado (22.1.32, *pr.*), pone en manos del juez la valoración de la constitución en mora, presupone la existencia de la mora antes de la intervención judicial. El juez sólo debe comprobar si se dan o no las condiciones requeridas para su validez y eficacia. Y en cuanto al argumento del momento de la *aestimatio* observa que si se ha fijado el de la *litis contestatio* no es porque la intimación extrajudicial no sea válida, sino más bien porque la respuesta del juez sólo puede tener lugar después de la demanda. Por otro lado, finaliza el alemán, existen textos que comprueban que los glosadores aceptaron ambos tipos de intimación.

Los medievales aceptan también que la intimación pueda hacerse tanto por escrito como verbalmente siempre y cuando "*debitor intelligere se creditore invito solutionem differre*". Así LEOTARDUS admite expresamente ambos modos de interpelar: "*interpellatio fieri potest per epistulam vel nuncium, nam et his modis demonstratur voluntas creditoris postulantis sibi solvi et potest debitor intellegere*". Su contenido no se salvó tampoco de algunas discusiones dado que algunos opinaban que debía ser rigurosa y detallada, ser constrictiva al cumplimiento, detallar el objeto, cualidad y cuantía y contener todas aquellas especificaciones que no dieran lugar a equivocaciones por parte del deudor. La interpelación como dijo PURMANUS debía ser una: "*admonitio facta clavis verbis voluntatem creditoris continentibus solvendi eius quod debetur*", y para otros, como BARTOLO, bastaba que reflejara la intención del acreedor de cobrar su crédito.

¹ *Die Lehre von der Mora*; Halle, 1837, muy utilizado en su estudio por MONTEL, *op.cit.*, p.107

Ya se ha explicado que la mayor parte de los glosadores adoptaron la máxima *dies interpellat pro homine* como supuesto claro de mora automática o *ex re*, y por tanto sin necesidad del requisito de la interpelación. Sin embargo, los exégetas franceses, salvo alguna excepción, sólo la aceptaron si había un pacto expreso de las partes en excluir la necesidad de intimación si llegado el término pactado en la convención el deudor no había cumplido su obligación. Esta diferencia es importante, ya que si para los juristas italianos o alemanes, la sola fijación de un término implicaba la convención implícita de las partes (ficción de la interpelación) de exonerarse del requisito del requerimiento, y de ahí la regla *dies interpellat pro homine* construída a partir de esta ficción, los franceses exigían el pacto expreso de tal exoneración. Esta exigencia o principio general de requerimiento del acreedor se acogerá en la codificación y será adoptada por todos aquellos códigos que siguieron al francés, entre ellos, para las obligaciones a plazo como más adelante se demostrará, el nuestro.

En lo que se refiere a la aplicación del brocardo "*in illiquidis non fit mora*", como supuesto obstativo para que se pueda hablar de mora del deudor, se encuentran algunas afirmaciones de los glosadores tales como "*Poena morae locum non habet contra eum qui ex iusta causa ignorat obligationem, ut si quantum deberet ignoret*" (PURMANUS); "*mora nunquam dicitur contracta per debitorem nisi praecedat liquidatio debiti... citra taxationem debitor scire non poterat quid quantumque deductum videri debeatur*" (SABELLI), "*semper excusandum est debitor qui ante non solvit quam sciret quantum debeat... cum summa illiquida est et quamdiu nescitur quantum debitor debeat, ad nullum interesse teneatur*" (LEOTARDI); "*mora non committi quando*

debitum non est clarum et liquidum... mora quis dici ante liquidationem nequit, ubicumque incertitudinis quicquam contingit, fieri quicquam ant quatenus debeat... in re enim incerta moram committi ante liquidationem non potest" (CRAVETA citando a BALDO y a SOCINO). Aunque la doctrina intermedia aplica, si no se admite que sea una regla de creación bizantina, o adopta esta máxima según la cual la iliquidez de la deuda evita la mora, alguno de los autores especificó que este principio no se debe afirmar de modo tajante y absoluto, porque esta regla no se aplica a aquellos supuestos en los cuales el retraso en la liquidación haya sido causado por culpa del deudor. LEOTARDI dice: *"aliud vero esse si debitum non est liquidum ex facto et malitia debitoris qui rem involuit frustrationis causa"* o DE LUCA: *"illiquiditas non datur in eo credito quod liquidari potest cum solo calculo arithmetico"*. La razón principal de esta restricción radicaba en que no se podía dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento de las obligaciones, aunque por regla general rigió el *favor debitoris* en este período por influencia de los bizantinos y de las doctrinas de la Iglesia. Alguno de ellos, incluso niegan la posibilidad de que la iliquidez del crédito sea una de las causas que exoneren de la mora (*Excusationes a mora*). Así, entre otros, RICHIERI declara que *si debitum certum sit...debentur usurae nisi debitor pecuniam obtulerit et deposuerit, adiecta cautione supplendi quod deest*". Para evitar los abusos y fraudes que los deudores, conscientes de que la liquidez de su deuda es requisito indispensable para que la mora exista, sin olvidar además el de la interpelación, los autores exigieron en caso de iliquidez que el deudor pagase a su debido tiempo aquella cantidad o parte de la deuda de la que tiene certidumbre y conocimiento de deber y que sobre la otra parte de la deuda, la que decía ser ilíquida, realizase un depósito o una caución. Parece que esta solución fue extraída de un paso del Digesto (D.50.17, 99) en el que VENULEIO la

adoptó para el caso de un legado en el que se dudaba de la aplicación de la *Ley Falcidia*, ya que el legado excedía de la cantidad permitida, y el legatario actuaba contra el heredero que era incierto de la prestación a la que estaba obligado por el legado. El pretor que no podía, por un lado, suspender el curso de la acción y queriendo, por otra, tutelar al heredero por su eventual derecho a la detracción de la *cuarta falcidia*, ordenó al actor restituir el excedente y con esta finalidad le hizo prestar una caución. Así, declaró el jurisconsulto que "*non potest improbus videri qui ignorat quantum solvere debeat*". A partir de este paso, los glosadores, no conociendo el origen del principio que nada tenía que ver con la mora o queriéndola extender a cualquier supuesto de ignorancia por parte del deudor del *quantum de su deuda*, aplicaron a casi todos los supuestos de ignorancia del débito el brocardo "*in illiquidis non fit mora*". GOTOFREDO, entre otros, advirtió que la solución dada por Venuccio era especial para los supuestos de legado, observando, además, que el término *improbus* usado en este paso, y extensamente en las fuentes, hacía referencia a quien se comporta con mala fe, y el deudor moroso no necesariamente es *improbo*, sino que puede actuar con culpa. Además, la regla de la iliquidez no evitaba la constitución en mora si el deudor no había pagado la parte de la que estaba seguro de deber y había realizado caución de la parte que creía ilíquida.

Con todo esto, se quiere resaltar que parece cierto que los juristas del Derecho intermedio aplicaban la regla "*in illiquidis non fit mora*", pero lo hacían con muchas precauciones. Se analizaba si la iliquidez había sido debida a culpa del deudor y si era una iliquidez real o aparente. Distinguían, en primer lugar, si se trataba de un supuesto de incertidumbre en el *an debeatur*, la existencia misma de la obligación, en el *cui*

debeatur, la persona del acreedor, o en el *quantum debeatur*, la cantidad efectivamente debida, puesto que la solución cambiaba radicalmente según se tratase de uno u otro caso.

Los supuestos de incertidumbre en el *an debeatur* se resolvían aplicando el brocardo si bien se trataban todos ellos de una incertidumbre objetiva, es decir, no imputable al deudor. Si existía una parte de la deuda que, posteriormente en el juicio, se demostraba que era ilíquida se aplicaba la regla y consecuentemente no existía mora, pero sí sobre aquella que era líquida y justamente reclamada.

Si el deudor dudaba acerca de la persona del acreedor (*cui debatur*) se aplicaba una regla parecida a la que antes se ha hecho referencia. Es decir, aquellos que discutían su condición de acreedor para obtener la prestación del deudor, debían darle caución y defenderlo contra el otro llegado el caso. Si ninguno de los que se autoerigían en acreedores quería prestar la caución, el deudor, para evitar su mora, debía depositar o consignar el objeto de la prestación en un lugar determinado por la ley. En resumen, al deudor no le basta para exonerarse de la constitución en mora sufrir la incertidumbre en la persona del acreedor, sino que se le exige, en caso de que no le presten la caución requerida, que realice la consignación de la cosa debida. Esta regla aparece muy difundida y aceptada, aunque con sus matizaciones, por casi todos los glosadores. FABRO la expone, así, para el caso de los herederos del acreedor fallecido antes de la entrega de la cosa por parte del deudor: *"hoc vero non probro, quia cum ambo qui se dicunt heredes reposcunt simul deposita, non de cavendo tractandum est, sed de defendo depositario: solet enim cautionibus res expediri, cum periculum aut damnum aliquod*

futurum timetur, non cum adest".

La misma regla se ofrece para el caso de que el vendedor haya fallecido después de haber entregado la cosa al comprador y éste no le haya aún pagado e ignore quiénes son sus herederos. El comprador deberá consignar el precio, porque de lo contrario, además de incurrir en mora, estará obligado a pagar los intereses del precio. En este punto, algunos autores discreparon. Para unos, los intereses debidos lo son por la mora, y por consiguiente, el deudor no los debe si consigna el precio a su debido tiempo, porque no es la ignorancia sobre el acreedor lo que excluye la existencia de la mora, sino que lo que la excluye es el acto de la consignación. Sin embargo, para otros, los intereses que se deben no son intereses moratorios, sino compensatorios, puesto que la incertidumbre sobre la persona del acreedor excluye la mora. Este caso lo contempla RICHERI: "*Amplius etiam placuit Sabaudis Patribus emptorem qui accepta re conventum pretium certo die solvere debuit, si eo adveniente pecuniam venditori obtulerit, venditor autem, etiam absque iusta caussa, solutionem accipere distulerit aut recusaverit atque ita moram contraxerit; non eo minus ad usuras pretii condemnandum esse, nisi pecuniam obsignaverit; quia huiusmodi usurae non tam propter moram quam in compensationem fructuum debentur: emptor autem ex quo pecuniam non obsignaverit eadem uti videtur, ut proinde aequum non sit fructus fundi et usuras pretii simul percipere emptorem, utroque carere venditorem*".

En mi opinión, merece la pena llamar la atención sobre la expresión "*cum periculum aut damnum aliquod futurum timetur*" utilizada por FABRO para exponer la regla, ya que está haciendo referencia a lo que la mora del deudor significa, hacerse

cargo de los riesgos y daños futuros. Será ésta una de las pocas veces que se encuentre expresado en las fuentes de este período lo que el incurrir en mora supone para el deudor, puesto que, como ya se dijo antes, se dieron definiciones y definiciones del momento en que se debe entender que existe la mora, pero, no de los efectos de esta situación.

De la responsabilidad del caso fortuito como efecto de la llamada *perpetuatio obligationis* que se lleva a cabo mediante la constitución en mora del deudor se sabe que para BARTOLO la regla de la traslación era estricta, incluso, en las obligaciones genéricas: *"Aut est obligatio quantitatis et difficultas non impedit moram. Licet enim in perpetuum debitor non possit congregare pecuniam quare debet, tamen in mora constituitur... Si enim debitorem non excusat casus... multominus difficultas..."*¹

Sobre la necesidad de la concurrencia de la culpa en el deudor para hablar de mora se puede decir que este requisito no sufrió grandes cambios en la recepción por el Derecho intermedio del Derecho justinianeo. La mayor parte de los autores requieren la culpa para que la mora exista pero, en la mayor parte de ellos, ésta es entendida como imputabilidad y no como culpa-negligencia-juicio de reproche en el retraso. Así

¹ Vid, CAFFARENA, *op.cit.*, p.307, que realiza una detallada investigación de los antecedentes históricos de la regla "*genus nunquam perit*", incluida su relación con la constitución en mora del deudor por retraso, ya que el deudor de género, en principio, no se liberaría de su obligación por el acaecimiento de un caso fortuito y, por consiguiente, podría constituirse en mora. Se dice "en principio" pues, como ha comprobado el autor, hubo discusiones entre los glosadores, y no se puede entender más que los postglosadores entendían que era difícil que una obligación genérica se viera afectada por una imposibilidad sobrevenida absoluta, es decir, que se perdiera todo el género y, en consecuencia, la obligación no se extinguía porque todavía era posible cumplirla.

DONELLO dice *est mora species eius culpa per quam fit...; moram non ex re fieri sed ex persona... id est ex vitio personae, seu si qua culpa in persona qui differt accesserit*, y SALICETO: *"mora est delictum culpabile in debito solvendo"*; HOTOMANNUS: *"mora est culpa praetermittendi officii in solvendo debito"*; TELLER: *"mora est dilatio et procrastinatio quae ex iniusta causa, dolo vel culpa cessantis proficiscitur"*; SABELLI: *"mora praesupponit negligentiam et culpam"*.

Tampoco en este punto hubo una opinión unánime en los juristas. VINNIO, entre otros, entendió, aplicando la regla romana dictada para el caso de que el heredero ignorando el legado destruye la cosa (en la que no se le exonera de su responsabilidad), que el incumplimiento por el retraso debe ser siempre objetivo y , en consecuencia, construye una teoría objetiva de la responsabilidad contractual, incluyendo como efecto de ésta, la *mora debendi*: *"nemo suo se facto liberare obligatione alterique damnum afferre potest... hic enim in universum ius est ut rei debitae interitu qui sine facto aut culpa debitoris contingit, obligatio extinguatur...Si ipsius heredis facto res perit non magis id legatario nocere debet quam cateris creditoribus quae facto debitorum contingerunt"*.

Antes de pasar a examinar el sistema acogido por los juristas de la precodificación es conveniente hacer una breve referencia a lo sucedido en España con la recepción de las reglas que sobre la *mora debendi* elaboraron los romanos.

La regulación de este instituto viene recogido casi en su totalidad en la Quinta Partida, que será la que se transcriba y utilice aquí, aunque, a decir de GREGORIO

LOPEZ, todas estas leyes tienen sus concordantes en otras del Fuero Real, de la Novísima Recopilación, del Fuero Juzgo y del Ordenamiento de Alcalá.

Antes de comenzar a analizar estas leyes de Las Siete Partidas, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que en ninguna de ellas aparece el término *mora*, ni *morosidad*, ni *interpelación*, ni ninguna de aquellas palabras con las que hasta ahora se expresaba esta especial situación del deudor incumplidor de las obligaciones. No aparecen estos términos, pero sí los de "retardo", "tardança", "non dar o fazer en tiempo", y "demandas y affrentas ante testigos", pero se ha comprobado por los exégetas que son casos de *mora debendi*. En todos ellos como se verá, y como ocurría en el Derecho romano, esta especial responsabilidad del deudor constituido en *mora* aparece en los supuestos de pérdida de la cosa que se había prometido, menoscabo o destrucción. Este hecho reafirma la idea de que la constitución en *mora* del deudor tiene, si no únicamente, por lo menos principalmente, esta finalidad.

El primer caso de *mora* que aparece en la Quinta Partida es el contemplado en el título I, ley 8ª: "*Si alguna de las cosas que se pueden contar, o pesar, o medir, emprestasse vn ome a otro, señalando dia, o logar, a que gela deuia dar el debtor, tenuto es de gela pagar en aquel dia, e en aquel logar que puso el. E si por auentura no touere de que le de otro tanto atal, como aquello que le fue prestado, deuele dar tanto precio porende, quanto montare, e valiere aquello que le presto. E deue ser contado segund valiera otra tal cosa, como aquella que fue prestada, en aquella sazón, e en aquel logar, do la ouo de pagar. E si non fue señalado dia, nin logar, en que ouesse de ser fecha la paga, deue ser contado, e asmado, segund que valiere en aquel*

logar do le faze la demanda, a la sazón que gelo demandare despues en juyzio.

Parece claro que el supuesto diferencia el que se trate de una obligación a plazo o sin él solamente con la finalidad de establecer el modo en que debe hacerse la aestimatio y que no está previendo un supuesto de mora sino de imposibilidad sobrevenida de la prestación. El deudor no puede entregar la cosa porque ya no existe y no le puede entregar otra igual. Si se señaló plazo, deberá estimarse el valor de la cosa según fué éste en el lugar y el día en que debió entregarla. Si no se señaló día de entrega se determinará el valor de la cosa según el que tuviera el día de la demanda en el lugar en que ésta se interpuso. El deudor, se dice, que se ve impedido de devolver aquello que se le había dado en préstamo, cosa cierta y determinada, porque se ha perdido *por auentura*, es decir por caso fortuito, es responsable de tal pérdida¹. La objetividad del sistema es patente, en las obligaciones genéricas por la aplicación del principio "genus nunquam perit", y sin embargo, está previendo la posibilidad de que un caso fortuito imposibilite al deudor de reponer la cosa. Es posible que esta imposibilidad a la que hace referencia la ley sea subjetiva, y en consecuencia, no exonerar al deudor de responsabilidad.

En la *Partida 5ª, tít.II, ley 3ª* se regula el caso de que la cosa fuese específica:
"Otrosi dezimos que rescibiendo vn ome de otri, alguna cosa prestada: fasta tiempo cierto, que non fuesse de aquellas, que se suelen contar, nin pesar, nin medir, pudiesse

¹ La glosa que hace GREGORIO LOPEZ a esta ley es la siguiente: "*Mora usque ad sententiam, vel post, an faciat crescere aestimationem, quando in defectum rei illa datur... Et an tunc extrajudicialis interpellatio sufficiat ad constituendum aliquem debitorem in moram*".

dia o hora cierta, a que la tornasse a su señor, si de aquel dia, o de aquella hora en adelante; vsasse de aquella cosa teniendola contra su voluntad de su señor, e se perdiessse, o se muriessse: tenuto sería de la pechar." El deudor que no cumple tempestivamente su obligación es responsable de la pérdida fortuita de la cosa¹. Parece que, para este tipo de obligaciones, si se ha pactado plazo, sin necesidad de interpelación el deudor se constituye en mora y corren de su cuenta los casos fortuitos hasta que realice la entrega. Ahora bien, al tratarse de un contrato de préstamo no se acaba de entender si este riesgo le viene atribuido por la naturaleza misma del contrato y la consiguiente obligación de custodia, o si por el contrario, se trata de un supuesto de mora ex re en el que, al tratarse de una obligación a plazo, se aplica la máxima "*dies interpellat pro homine*". A mi juicio, es más probable que sea esta última explicación la acertada, puesto que en la ley anterior se ha visto como en la obligaciones genéricas a plazo nada se decía al respecto.

Establece a continuación la **Partida 5ª, tít. II, ley IX, n.5**, que: "*E la pena que deuen auer aquellos que non tornaren la cosa prestada, es esta; que la deuen dar con las costas, e las missiones, que fizo en demandandola, a quel que la presto. E demas, si la cosa se perdiessse, o se muriessse, o se menoscabasse, después que el pleyto fuesse començado por demanda, e por respuesta, sería el peligro de aquellos que la recibiesse por prestada."* Se dispone la obligación de indemnizar de los daños y perjuicios causados por el retraso además de la obligación de entregar la cosa prestada. El caso fortuito, desde el momento de la interposición de la demanda, será de cuenta del deudor.

¹ "*Mora si praecesserit casum fortuitum, an tunc casus fortuitus excuset, vel non.*"

e despues desto se perdiessse, o se menoscabasse: entonce seria el peligro del comprador. Mas si por auentura acaesciessse qve el vendedor, e el comprador seyendo auenidos en el precio non señalassen dia cierto en que gustasse el comprador la cosa, nin en que la pesassen, o la mediessen segund diximos; entonce el vendedor puede fazer afruenta al comprador delante de testigos que vaya a gustar o a pesar, o a medir la cosa que le vendió. E si non lo quisiere fazer, dende adelante, si la cosa se perdiessse o se empeorasse, es el peligro del comprador".

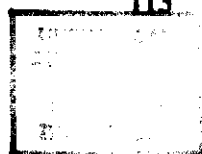
Una regla parecida se establece para el caso de que sea el vendedor el que se retrase en entregar la cosa vendida. Es necesario para constituir en mora al vendedor que el comprador haya pagado el precio y que interpele delante de testigos al vendedor para que cumpla con su obligación de entrega. A partir de este momento se entiende que los riesgos de destrucción, menoscabo y pérdida fortuitos de la cosa corren a cargo del vendedor: *Partida 5ª., tít.V, ley 27: "Tardança faziendo el vendedor de dar e entregar la cosa al comprador quel vendio, despues que fuessen auenidos en el precio, si el comprador le affrontasse, ante testigos, que le diesse aquella cosa que aunia comprado del: e que recibiesse el precio della, combidandole con el, e mostrandogelo: si el vendedor entonce no le diesse la cosa, e despues desto se perdiessse, o se empeorasse, seria el peligro del vendedor, porque es en culpa, por razon de tal tardança".*

En cuestión de censos se establece que si no ha habido interpelación, aunque se hubiese estipulado un plazo para el pago, los censatarios contarán con diez días una vez vencido el término previsto por las partes para pagar, pago que el censalista viene

obligado a recibir. Pero pasados estos diez días de gracia, no podrán cumplir con su obligación ni el censalista está obligado a recibir el pago: **Partida 5ª, tít.VIII, ley 24, n.17.** *"Si la cosa que es dada a censo, después de estos plazos sobredichos, quisiessen pagar la renta por si sin pleyto ninguno, fasta diez dias, deuela rescebir el señor de la cosa; e estoce non gela deue tomar, E si a ninguno destos palzos pagasse la renta, estonce puedele tomar la cosa el señor; maguer non le pidiesse el censo, el por si, nin otri por el".*

Otro supuesto previsto es el del establecimiento de lo que hoy se conoce por cláusula penal para el caso de incumplimiento. Así la **Partida 5ª, tít.XI, ley 15:** dispone que *"Quando algund ome promete a otro, de dar o de fazer tal cosa, non señalando en que sazón, nin en qual dia; obligandose, que si esto non diesse, o non fiziesse, que fecharia por pena tantos maravedies, o tal cosa; entonce se deue entender, que se puede demandar la pena, quando aquel que fizo la promission pudiera dar, o fazer lo que prometió, e non quiso seyendole demandado en juyzio".*

La siguiente ley que se transcribe prevé de modo general la constitución en mora del deudor por incumplimiento, distinguiendo el caso de que se haya fijado o no un plazo final para el cumplimiento. **Partida 5ª, tít.XI, ley 18.** *"Cosa señalada, prometiendo un ome a otro de dar, o de fazer a dia cierto, si la cosa se muriesse en ante del dia, de su muerte natural, sin culpa del que faze la promission, non es tenuto de la pechar, nin de dar ninguna cosa por razon della, mas si muriesse despues del dia que deuiera ser dada, entonces seria tenuto de pechar la estimacion de la cosa. Si si quando la cosa señalada prometiesse alguno a dar: non dixesse ciertamente, en qual*



dia gela daria, si despues desso gela pidiessse, el otro, a quien fue prometida, pidiendogela, e non gela quisiessse dar, pudiendolo fazer, dezimos que si muriere la cosa despues de su muerte natural, que es tenuto de la pechar. Pero si se muriesse en ante que el otro gela demandasse, entonce non seria tenuto el que la prometio, de darle ninguna cosa por ella". Si la cosa cierta que se debía dar perece antes del vencimiento del plazo convenido para ello, sin culpa del deudor, esté queda exonerado de toda responsabilidad y su obligación se extingue (non es tenuto de la pechar nin de dar ninguna cosa por razon della). Pero si el suceso fortuito acaece después de vencido el término prefijado, el deudor incumplidor deberá pagar la aestimatio. Para el caso de las obligaciones puras, no sometidas a plazo final, se establece la necesidad de intimación por parte del acreedor para que el deudor, una vez requerido, sea responsable de todos los fortuitos.

También de modo general se ordena que si se hubiese estipulado por las partes una cláusula penal para el caso de incumplimiento de la obligación en el plazo previsto en la misma convención, llegado el término el deudor, a su elección, está obligado o a cumplir o a pagar la pena estipulada, y no puede exusarse de hacerlo por el hecho de que el acreedor no se lo haya requerido. Para el supuesto de que no se haya establecido plazo para el cumplimiento, el acreedor una vez contraída la obligación está obligado a requerirle el cumplimiento a su deudor si pretende que pague la pena convenida. En último lugar, prevé esta misma ley el caso de que no se haya convenido ni pena ni plazo para el cumplimiento de la obligación. Si el deudor deja pasar el tiempo pudiendo realizar la prestación, el acreedor puede reclamar el cumplimiento de la obligación con los daños y perjuicios derivados del retraso, pero si el deudor quiere cumplir su

obligación y exonerarse de la obligación de indemnizar podrá hacerlo y el acreedor estará obligado a aceptarlo siempre que sea antes de la contestación a la demanda. Esta Ley, como se observará a continuación, regula la indemnización de los daños y perjuicios causados por el hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación, y exige, la previa interpelación por parte del acreedor para poder solicitar o demandar los daños que la tardanza le haya irrogado como medio de determinación del incumplimiento. Se comprueba un hecho trascendental para esta investigación. El régimen dispuesto para la indemnización de los daños derivados por el retraso, como tipo de incumplimiento que es, difiere del de la imputación de riesgos derivada de esta misma situación. Una cosa, es el resarcimiento por la contravención contractual, y otra la traslación de todos los riesgos al deudor incumplidor. Para lograr ambos es necesaria la interpelación como vía de fijación del incumplimiento retrasado, como contractual.

Partida 5ª, tít.XI, ley 35: "So cierta pena, e a dia señalado, prometiendo, vn ome a otro de dar, o de fazer alguna cosa. Si aquel dia non ouiere dado o fecho lo que prometio, tenuto es de pechar la pena, o de dar, o de fazer la que prometio qual mas quisiere, aquel que rescibio la promission. E non se puede escusar que la non faga, maguer el otro nunca gelo ouiesse demandado. Otrosi dezimos que si aquel que fizo la promission non señalo dia cierto, en que la deuiesse cumplir: e despues desto, el otro le demandasse, el tiempo conuenible, e en lograr guisado que le cumpliesse aquello, que le auia prometido. E non lo quisiessse cumplir, podiendolo fazer, o seyendo tanto tiempo pasado, en que lo pudiera fazer, si quisiessse que de alli en adelante, seria tenuto de la pechar la pena. Otrosi dezimos, que faziendo algun ome promission, de dar, o de fazer a otro alguna cosa, non señalando dia cierto a que lo deuiesse cumplir, nin obligandose a pena ninguna; que si tanto tiempo dexasse passar, el que fizo tal prometimiento como

este, en que lo pudiera cumplir, si quissiese, e finco por su negligencia, que lo non quiso fazer; que de alli adelante, quel puede demandar lo que le fue prometido, con todos los daños, e los menoscabos, que rescibio por razon que non cumplio aquello que prometio, pero si el que fizo la promission, quisiere luego començar a cumplir lo que auia prometido, en ante que respondiesse al otro en juyzio, deuele ser cabido. E si lo cumpliere, entonce non seria tenuto de pechar los daños, nin los menoscabos que de suso diximos".

Se contempla, además, el supuesto de que llegado el plazo fijado por las partes para el cumplimiento de la obligación, el deudor además de no poder disculpar su falta de cumplimiento ante la no existencia de requerimiento al cumplimiento por parte de su acreedor, podrá consignar el pago, previo requerimiento a su acreedor ante testigos. Y una vez consignada la prestación se exonera de toda responsabilidad por caso fortuito. No es, en este caso, el hecho de la llegada del vencimiento del plazo lo que acciona automáticamente la constitución en mora del deudor, sino el hecho de no realizar la consignación: **Partida 5^a, tít.XIV, ley 8:** "*Plazos, e dias ciertos ponen los omes entre si, a que prometen de dar, o de fazer algunas cosas, vnos a otros. E porende dezimos, que cada vno es tenuto de dar, o de fazer, lo quel prometio, al plazo quel fue puesto para ello. E non se puede escusar que lo non faga, maguer el otro non se lo demande. Otrosi dezimos, que si el debtor quisisse pagar el debto al que lo deuiesse recebir, e el otro non gelo quisiesse tomar, deue fazer afrenta ante omes buenos, en logar, en tiempo guisado, mostrando los marauedis, de como quiere fazer la paga. E deue poner aquellos marauedis señalados en fieldad de algund ome bueno, o en la Sacrastenia de alguna Iglesia: e dende adelante es quito del debto, e non ha el otro demanda ninguna contra*

el. E aun dezimos, que si los marauedis se perdiessen sin culpa del debtor, depues que fuessen puestos en fieldad, assi como sobredicho es, quel daño pertenece al señor del debto tan solamente: porque fue culpa, que non lo quiso recibir, quando gelo quiso pagar".

Estas son las leyes que regulan con carácter general la constitución en mora del deudor, y como se puede apreciar contienen un régimen muy similar al establecido por los compiladores de Justiniano y al recibido y adoptado por el Derecho intermedio del resto de los países de nuestro entorno.

En líneas generales se puede decir que si el objeto de la prestación deviene imposible fortuitamente antes del vencimiento del plazo el deudor se exonera de toda responsabilidad y, por consiguiente, su obligación se extingue, si prueba su no culpabilidad-imputabilidad o lo que es lo mismo el caso fortuito. Se dice que deberá probar su diligencia o más bien que se trató de un suceso fortuito, porque la ley exige para la extinción de la obligación del deudor que el suceso haya aecido sin su culpa, lo que, en principio, hace pensar que deberá probar el caso fortuito. Si se hubiese retrasado en el cumplimiento, es decir, si hubiese llegado el día en que debió realizar la prestación, y sobreviene un suceso fortuito que le impide llevarla a cabo, el deudor será responsable del mismo y, por lo tanto, no se extinguirá su obligación. Parece que en este caso no se exige la culpa, como en el anterior, ni requerimiento alguno por parte del acreedor, puesto que se aplica la regla *"dies interpellat pro homine"*. Si no se hubiese establecido término final para el cumplimiento del deudor, éste sólo incurrirá en mora si el acreedor le intima previamente al cumplimiento.

Hay que hacer una advertencia en esta síntesis que se acaba de realizar. Cuando

las leyes de Las Partidas aplican la máxima *dies interpellat pro homine*, y prevén un supuesto de constitución en mora automática es siempre en relación a la obligación de dar cosa cierta y determinada que se pierde. No en las obligaciones genéricas porque se aplica la regla "*genus nunquam perit*", y en consecuencia, parece que se niega la posibilidad de el acaecimiento de un caso fortuito en esta clase de obligaciones. Además, si se observa detenidamente, el régimen seguido sobre la indemnización en caso de incumplimiento retrasado, lo que en ellas se denomina "pena", es distinto al establecido para el riesgo. Es decir, la interpelación sólo se exige para hacer pechar al deudor con los riesgos de los casos fortuitos. Esta no es necesaria en los supuestos en que se hubiera estipulado un plazo final, pero sólo tratándose de obligaciones de dar o hacer una cosa determinada. La interpelación parece que sólo es necesaria cuando no existe otro medio para fijar el momento del incumplimiento.

Como ejemplo de la aplicación jurisprudencial que se hizo de las leyes de Las Partidas se puede citar la sentencia de 3 de enero de 1887 en la que el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación al entender que "la sentencia no infringe la ley del contrato ni la doctrina legal¹ invocada en los motivos del recurso; porque en la cláusula 4ª de la escritura de 4 de agosto de 1876 se pactó como regla general el interés de 4 por 100 al año, debía satisfacerse el día en que venciere cada uno de los plazos, y porque si en la cláusula 11 se convino en que se devengaría el interés del 10 po 100, fue únicamente respecto de los plazos *demorados*, carácter que no tienen aquellos cuyo

¹ Que eran las sentencias de 19 de abril de 1859, 17 de marzo de 1863, 14 de octubre de 1964 y 1 de diciembre de 1966, según las cuales, lo estipulado por las partes en un contrato debe respetarse y cumplirse como ley en la materia, siendo nula la sentencia que prescinde de ello o lo altera.

vencimiento natural no ha llegado, y que sólo se consideran vencidos con arreglo á la cláusula 6ª, por el hecho de haber dejado de satisfacerse cualquiera de las anteriores; siendo tanto más procedente, que, en caso de duda, debe interpretarse de la manera más favorable para el obligado". La sentencia de 15 de marzo de 1887 estima el recurso parcialmente absolviendo a los herederos de la reclamación como gananciales de los frutos pendientes de la finca litigiosa y condena a los legatarios recurrentes a los intereses legales de las cantidades que han de devolver como exceso percibido en sus respectivos legados. Aprecia el Tribunal esta alegación y considera que "en cuanto á los intereses de las cantidades, á cuyo abono condena la sentencia, que según la ley de 14 de marzo de 1856 y la constante Jurisprudencia de este tribunal, no se deben sino por el legítimamente constituido en mora, lo cual necesariamente supone que la deuda sea líquida, y esta circunstancia no ha existido respecto de los 84.040 reales que se mandan adicionar al inventario en concepto de mayor suma que los recurrentes reclamaron como correspondiente al capital del molino, que ha debido liquidarse en el pleito y que tendrán que compensarse con las condenaciones que se hacen en sentido contrario, por cuya razón no infringe la sentencia dicha ley y jurisprudencia al no condenar a la dueña de fundo al pago de intereses de la expresada cantidad... Por las mismas razones, se demuestra la infracción de las expresadas ley y jurisprudencia en que incurre la Sala al condenar á los legatarios en los intereses legales de las cantidades que hayan de devolver como exceso de sus respectivos legados sobre la cantidad de que el testador pudo disponer según las bajas que en la sentencia se acuerdan en el haber hereditario, puesto que mientras no se hagan tales bajas y liquidación correspondiente, no serán conocidas y ciertas las referidas cantidades". Sobre el requisito de la liquidez vuelve a pronunciarse el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de marzo de 1887 y dice "No

infringe la que condena al pago de cantidad resultante de una liquidación, ni las leyes del caso, el fallo que en cumplimiento de aquélla absuelve de la demanda de intereses de mora, cuando no fueron éstos objeto de discusión ni de decisión, ni la cantidad era líquida, ni hubo declaración de mora". La sentencia de 1 de marzo de 1887 referente a obligaciones a plazo estima que "Si bien en el mutuo, que por su naturaleza es gratuito, el plazo para la devolución de la cosa mutuada puede entenderse puesto en favor del deudor, porque por punto general ningún perjuicio se sigue al mutuante de la devolución de aquella, no sucede lo mismo en el préstamo con interés, y en el cual el prestamista coloca su capital con la esperanza legítima de obtener una ganancia determinada, de la cual se vería privado á voluntad del deudor, desde el instante en que éste pudiera lícitamente devolverle lo prestado antes del término convenido, viniendo por este hecho á hacerse desigual la condición de los contratante... La sentencia recurrida al estimar la demanda interpuesta y condenar al demandado á recibir la cantidad prestada, infringe la ley del contrato".

2.- La constitución en mora del deudor en la Codificación.

La doctrina del Derecho romano sobre la mora del deudor recibida, con sus interpretaciones particulares, por el Derecho común se consolida definitivamente en la época de la codificación. Serán los padres de los primeros códigos europeos quienes plasmen en normas generales y no casuísticas todas las reglas recibidas de los antiguos juristas. La diferencia entre los ordenamientos de raíz germánica y romana, tantas veces

aludido, no se dejará apreciar, sino mínimamente, en la legislación de este instituto. Quizá se puede ya adelantar que en lo único que difieren estos dos tipos de códigos es en la aplicación de la polémica máxima "*dies interpellat pro homine*".

Es obligado empezar este subcapítulo por POTHIER y su "Tratado de las obligaciones" e igualmente conveniente es recordar que según parece, a decir de DUPIN¹ uno de sus biógrafos, estudió las instituciones justinianeas con el comentario de VINNIO, quien, como ya se ha dicho más arriba, defendió lo que hoy se puede denominar un sistema objetivo de responsabilidad contractual. Tradicionalmente se ha querido interpretar las *Pandectas* y el *Tratado de las obligaciones* como la obra máxima representante del sistema subjetivo de responsabilidad del deudor, cuando, y ya se han alzado voces en contra de esta interpretación, POTHIER trazó un sistema objetivo.

Siguiendo la distinción entre obligaciones de dar y de hacer que él mismo realiza, se puede llevar a cabo el análisis de lo previsto por este tratadista.

Para las obligaciones de dar establece que el deudor de cosa cierta está obligado a darla en el lugar y tiempo previstos y a conservarla hasta que realice tal entrega (n.141). Además, si la cosa perece o se deteriora fortuitamente antes del vencimiento de la obligación, y sin culpa del deudor, la obligación se extingue. Será, como ocurría en el Derecho anterior, el propio deudor quien deberá probar que se trata de un suceso objetivamente fortuito y que, en consecuencia, es ajeno a su persona. Pone el siguiente

¹ *Oeuvres de pothier, Bruselas, 1831, I, p.5*

ejemplo: *"Si os he prestado mi caballo para ir a cierto lugar, y habéis sido atavado por ladrones quienes os han robado o matado mi caballo, aunque esta violencia que vos habeis sufrido sea un caso fortuito del cual un deudor generalmente no es reponsable, sin embargo, si en lugar de seguir el camino ordinario y más seguro, hubiéseis tomado por un camino de travesía, conocido como infestado por bandidos, y en él fuéseis atacado, seríais responsable de ese caso fortuito, por cuanto es vuestra imprudencia quien ha dado lugar al robo".(n.142).*

Para este autor sólo el caso fortuito y la fuerza mayor exoneran al deudor de su responsabilidad y extinguen, por consiguiente, su obligación. Y aun en el caso de imposibilidad sobrevenida por caso fortuito se le impone al deudor la carga de avisar a su acreedor del advenimiento de tal suceso para evitar la obligación de indemnizarle. Esto lo deja claro en el número 149, relativo a las obligaciones de hacer. Reza así: *"Cuando aquel que se había obligado a hacer alguna cosa, se ha visto privado de poder hacerla por algún caso fortuito o por fuerza mayor; y que igualmente cuando aquel que se había visto obligado a no hacer tal cosa, se ha visto obligado a hacerla por causa de fuerza mayor no hay lugar a daños y perjuicios. Observad que en este caso debo advertiros de la fuerza mayor que me ha impedido hacer aquello que yo me había comprometido a hacer respecto a vos, a fin de que voís podáis tomar vuestras medidas para proveer por vos mismo o por otro. Sin eso yo no evitaría los daños y perjuicios, a menos de que esta fuerza mayor no me hubiere también privado de poder advertiroslo".*

Todavía más interesante es la regulación que hace de la mora del deudor.

Explica: "Es todavía efecto de la obligación de dar, por parte del deudor, el que cuando ha sido requerido para que satisficiera su obligación, sea requerido por los daños y perjuicios que debe al acreedor, con motivo de dicho requerimiento, y que venga obligado a indemnizarle, caso de que no satisfaga la obligación en el momento de que ha sido requerido.

Es en consecuencia de ese principio, que si la cosa debida ha sido deteriorada, o bien se ha perdido totalmente, después del requerimiento del deudor, aunque sea por caso fortuito o fuerza mayor, que de ella sea responsable el deudor caso de que la cosa no haya perecido en casa del mismo acreedor.

También es en virtud de ese principio, que el deudor está obligado a dar razón al acreedor, no solamente de los frutos percibidos, sino de todos aquellos que se habrían podido percibir por el acreedor después del requerimiento hecho al deudor". Como se puede apreciar, la mora es un efecto más de la obligación de dar. El único presupuesto requerido es la interpelación del acreedor, pero en ningún caso la culpabilidad del deudor o elemento subjetivo alguno. Basta el hecho del incumplimiento por parte del deudor para que venga obligado, siempre y cuando el acreedor cumpla con su obligación de intimarle, para que el deudor incurra en mora. También para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios POTHIER exige el requerimiento judicial, pero no sólo para los derivados del retraso, sino para cualquier tipo de incumplimiento. En los números 160 y 161 del tratado de las obligaciones advierte POTHIER que *Es necesario no someter al deudor a indemnizar al acreedor de todas las pérdidas indistintamente que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos todavía a todas las ganancias que el acreedor hubiese podido hacer si el deudor hubiese*

satisfecho su obligación. En este caso, -dice-, es necesario distinguir diferentes casos y diferentes especies de daños y perjuicios; y aun es necesario, según los diferentes casos que pueden presentarse, poner una cierta moderación en la fijación y estima de aquellos que son debidos. Y para el caso de retraso en el cumplimiento de las obligaciones da una regla especial: "Un deudor es responsable no sólo de los daños y perjuicios del acreedor, que resulten de la inexecución absoluta de su obligación, cuando no la ha cumplido; sino que igualmente es responsable de aquellos que resulten del retardo que solamente ha puesto en cumplirla, desde el momento que ha sido requerido para que lo hiciera.

Esos daños y perjuicios consisten en la pérdida que el acreedor ha sufrido, y en la ganancia de que se ha visto privado por dicho retardo; con tal de que esta pérdida y esta privación de ganancias hayan sido sus consecuencias necesarias.

Se las estima en todo su rigor, y se las extiende a toda especie de daños y perjuicios, cuando es por dolo o contumacia afectada, que el deudor ha llevado el retrado puesto al cumplimiento de su obligación.

Mas cuando no se puede reprocharle más que negligencia, esos daños y perjuicios deben estimarse con mucha más moderación, y no deben extenderse más que a aquellos que han podido ser previstos cuando el contrato, y a los cuales el deudor se ha sometido de una manera expresa o tácita (núm. 169)". Parece, por tanto, que la regla general tanto para trasladar los riesgos al deudor retrasado en el cumplimiento como para tener derecho a la indemnización de los daños y perjuicios es el previo

requerimiento judicial del acreedor. Pero esta regla sufre excepciones. *"Otra diferencia entre el fuero externo y el de la conciencia consiste —explica POTHIER—, en que, ante esta, no siempre es necesario que haya una interpelación judicial para que el deudor sea puesto en situación de demora, y que los intereses corran contra él, pues si mi acreedor me advierte que tiene necesidad de dinero, y que ese acreedor, a mi súplica, por consideración a mí, y para no causar perjuicio a mi crédito, no haya recurrido a la interpelación judicial, contando con mi buena fe y sobre la promesa que le he hecho de indemnizarle, como si hubiese recurrido a aquel medio; en este caso, yo estoy, en el fuero de la conciencia, suficientemente requerido por esa advertencia, y vengo obligado a los intereses que corren desde aquel momento".* Llegado a este punto, el autor hace la siguiente crítica a la necesidad de la interpelación judicial, si bien se está refiriendo a las obligaciones pecuniarias: *"No ha estado, pues, en lo justo, el autor de las Conferencias de París sobre la usura, proscribiendo esos intereses como usurarios. No hay más intereses usurarios que aquellos que son exigidos como la recompensa del préstamo, que debe ser gratuito; pero los de que hablamos tiene una justa causa, a saber la indemnización del perjuicio que yo causo a mi acreedor por el retardo que llevo a la ejecución de mi obligación. Dicho autor se funda sobre el siguiente razonamiento: "Nosotros no tenemos, dice, que de la ley los bienes y derechos que poseemos: ahora bien, nuestras leyes no conceden a los acreedores el derecho de percibir los intereses de las sumas que les son debidas, que cuando les son adjudicados por sentencia mediante una demanda judicial: pues, —concluye el autor—, sin una interpelación judicial, un acreedor no tiene derecho de percibir los intereses de las sumas que le son debidas y en conciencia no puede recibirlas."*

La respuesta, dice POTHIER, es la siguiente: que si el acreedor no puede, en el fuero externo exigir intereses sin una interpelación judicial; no es porque sin esto no pueda justificar la demora que pone su deudor en pagarle; pues la demanda judicial es sólo la prueba de esta demora que se recibe en los tribunales. Mas si en verdad su deudor ha sido puesto en demora de que pague, tiene derecho a recibir de él intereses, por indemnización del perjuicio que le ha causado la demora de su deudor; y tiene ese derecho de la más respetable de todas las leyes, a saber, de la ley natural, que obliga a todos los deudores a llenar sus obligaciones, y a indemnizar a su acreedor del perjuicio que ha sufrido por el retardo que ha puesto en hacerlo. Cuando un acreedor, por miramientos para con su deudor, no ha recurrido a la vía de la demanda judicial, que podría arruinar el crédito de su deudor, esto es un buen oficio que hace a su deudor; ese acreedor no debe sufrir por haber hecho ese buen oficio a su deudor. Es un absurdo querer que el acreedor que trata con miramientos a su deudor, sea, por haberle así tratado, de peor condición que si hubiese ejercido las vías de rigor" (Núm. 172).

El problema con el que se encuentran los juristas franceses de esta época es que exigen un requerimiento judicial para que la mora exista y, en consecuencia, los intereses o los daños y perjuicios sólo se estiman a partir de dicho requerimiento, o lo que es lo mismo, desde el día de la interposición de la demanda. El requerimiento, además, como se ha visto, es necesario porque es la prueba del retraso del deudor en el cumplimiento de su obligación, lo que tendría que hacer suponer que en aquellos casos en que se pudiera probar por otros medios la existencia de una obligación vencida e incumplida, el requisito de tal intimación podría exonerarse. La cuestión estriba,

entonces, en saber la función que cumple el requerimiento. POTHIER responde a este interrogante diciendo que *"según nuestras costumbres, un deudor no se reputa como obligado a dar la cosa debida por él, más que mediante una demanda judicial hecha en forma, y solamente a contar del día de esa demanda (núm.144)"* y además, *"De ordinario el deudor no debe más que los frutos que han sido o podido ser percibidos después de la demanda judicial que le ha puesto en caso de abonarlos; y los intereses igualmente no corren sino a contar de dicho tiempo. Algunas veces empero los frutos y los intereses son debidos antes del plazo...Eso depende de la diferente naturaleza de los contratos y de otras causas de donde nacen las obligaciones (núm.145)"*. Y ésto es así, según explica el autor, porque *"la cosa que el deudor se ha obligado a dar continúa perteneciéndole, y el acreedor no puede convertirse en su propietario más que por la tradición real o simulada que le hará el deudor al cumplir su obligación. Hasta el momento de esta tradición el acreedor no tiene más que el derecho de pedir la cosa (núm. 151) ... Las vías que tiene el acreedor para obligar al deudor a darle lo que le es debido hay dos: la vía de intimar su ejecución, y la de simple demanda"*. Parece pues que el fundamento último del requerimiento es que el deudor no está obligado a cumplir sino a partir de la demanda judicial, mientras no hay incumplimiento y por consiguiente no hay daños. Sólo existe una excepción que es la de los ladrones que se reputan obligados a entregar la cosa robada desde el momento mismo en que tuvo lugar el hurto, sin necesidad de demanda judicial.

Para la obligaciones de hacer el sistema trazado es muy parecido: *"El efecto de la obligación que una persona ha contratado de hacer alguna cosa, es que ella debe hacer lo que ella se ha obligado a hacer; y que, si no lo hace, después de haber sido*

requerida para que lo haga, debe ser condenada al pago de los daños y perjuicios a aquel con quien ha sido contratada, lo que debe ser estimado en una suma de dinero por peritos convenidos entre las partes.

De ordinario al deudor no puede ponerse en el caso de cumplir su obligación más que por una demanda judicial que el acreedor formula contra el dicho y para que haga lo que ha prometido, sino que sea condenado al pago de los daños y perjuicios;

El juez en vista de esta demanda, prescribe un cierto tiempo dentro del cual venga obligado a hacer lo que ha prometido; y en caso de que no lo haga dentro de dicho término se le condena en costas, al pago de daños y perjuicios.

Si el deudor satisface dentro del plazo convenido su obligación, evita los daños y perjuicios, y debe sólo abonar los gastos, a menos de que el juez no estime que se deben algunos daños por causa del retardo (núm 146)". A los acreedores de obligaciones de hacer se les impone también el requerimiento judicial, pero éste en vez de ser automático, como se da a entender que sucede en las obligaciones de dar, comienza un período de gracia que fija arbitrariamente el juez en el que el deudor está legitimado para realizar su prestación y exonerarse de abonarle al acreedor los daños y perjuicios que le haya irrogado con su retraso.

Sólo existe una excepción a esta regla en las obligaciones de hacer y es la contemplada en el número 157: "Algunas veces el deudor está obligado a daños y perjuicios al acreedor, por falta de haber hecho lo que se había obligado a hacer, bien

que no haya sido requerido por la justicia. Eso tiene lugar cuando la cosa que el deudor se ha obligado a hacer, no puede hacerse útilmente más que dentro de cierto período de tiempo que se ha dejado pasar. Por ejemplo, si yo he encargado a un procurador de hacer en mi nombre oposición al decreto de una heredad que se me había hipotecado, y que ese procurador haya dejado interponer el decreto sin hacer la oposición, está obligado a darme daños y perjuicios, bien que no haya formado demanda contra del mismo para que me los dé, pues que el tiempo dentro del cual sabía que esta oposición había de ser hecha, tenía lugar de demanda". En este paso parece que lo que está previendo es el incumplimiento de una obligación con término esencial que da lugar a la indemnización de daños ipso iure.

Para las obligaciones pecuniarias POTHIER dice que establece una regla especial: *"Como los diferentes daños y perjuicios que pueden resultar del retardo del cumplimiento de esta especie de obligaciones, varían al infinito, y que es tan difícil preverlos como justificarlos, ha sido necesario reglarlos como por una especie de un tanto alzado, a un tanto fijo. Que es lo que se hace cuando se fijan los intereses de la suma debida de la tasa de Ordenanza. Esos intereses principian a correr contra el deudor, desde el día en que ha sido requerido hasta el día en que paga, por cuanto son el precio común del provecho legítimo que el acreedor habría podido retirar de la suma que le ha sido debida, si le hubieses sido pagada.*

En consecuencia de esta especie de precio alzado por grande que sea el daño que el acreedor haya sufrido del retardo que el deudor haya llevado al pago de la suma debida, ya sea que el retardo proceda de una simple negligencia, ya que proceda de

dolo o contumacia afectada, el acreedor no puede pedir otra indemnización que los intereses.

Mas en cambio no está sujeto, para exigirlos, más que a dar una justificación del daño que el retardo del pago de la suma le ha causado". Parece que la especialidad de esta regla no solamente radica solamente en cuantificar automáticamente los daños derivados del retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria (que prevé actualmente nuestro Código civil), que se deberán desde el día del retraso, sino en exonerar al acreedor de la carga del requerimiento judicial, puesto que le basta con probar de manera fehaciente la relación de causalidad existente entre los daños que solicita que se le indemnicen y el retardo en el cumplimiento de su obligación por parte del deudor.

Por último, creo que es de resaltar la norma que dicta POTHIER sobre el fuero interno de las partes contratantes. En una primera lectura parece que se trata de normas morales o consejos éticos que ofrece el autor a los sujetos de una relación contractual para el caso de litigio y discrepancias entre ellos. Sin embargo, también dan pie a pensar que lo que en el fondo quieren ser, es una crítica al sistema establecido.

"Tales son las reglas para lo que hace al fuero externo: mas, en el fuero de la conciencia, si el acreedor no ha sufrido daño alguno por el retardo del pago de la suma que le era debida, es decir, si ese retardo no le ha causado pérdida alguna, y no le ha privado de ningún beneficio, no debe exigir intereses; pues esos intereses se conceden como una indemnización, y no puede ser debida a aquel que no ha sufrido perjuicio alguno.

Viceversa, si el daño que el retardo ha causado al acreedor es más grande que esos intereses; según las reglas del fuero de la conciencia, cuando el deudor, por dolo, y por una contumacia afectada, ha sido requerido para pagar lo que él podría pagar fácilmente, debe indemnizar al acreedor enteramente de todos los perjuicios que él sabe que le ha causado por su injusta retención; pues no basta que pague los intereses desde el día de su resistencia (núm. 172)".

Si se ha ocupado tanto espacio en las reglas dictadas por POTHIER para la mora y el retraso en el cumplimiento es porque la mayor parte de éstas fueron acogidas por los juristas de su época y recogidas posteriormente en los primeros códigos.

En España, GARCIA GOYENA al comentar el Proyecto de Código Civil de 1851, afirma que sigue ampliamente las ideas recibidas del Derecho Común, distanciándose en alguna medida de las ideas de POTHIER. Sin duda tiene razón. El artículo 1.005, primero que regula el efecto de las obligaciones contractuales, tras establecer la obligación del deudor de conservar la cosa hasta que realice efectivamente su entrega (aplicable según comenta tanto a las obligaciones de dar cosa cierta y determinada como a las genéricas¹), sanciona el incumplimiento de esta obligación de

¹ "La división de la diligencia según la utilidad que tenía el contrato para cada una de las partes.. había tenido ya sus impugnadores: Barbeyrac había sentado por única regla, que debemos cuidar la cosa ajena como cuidamos las nuestras propias. En el discurso 59 Francés se dice: "La división de las faltas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues á pesar de ella será necesario, á cada falta que ocurra, poner en claro, si la obligación del deudor es más ó menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intención al obligarse, cuáles son las circunstancias. Cuando la conciencia del juez se halla convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme á equidad. la teoría de división de las faltas en diferentes clases, sin poder determinarlas, solo pueda servir para derramar una luz falsa y dar pábulo á innumerables contestaciones. La misma equidad se resiste á ideas sutiles, pues su rasgo característico es aquella simplicidad que cautiva el corazón á la par que el entendimiento".

custodia con la indemnización de los daños y perjuicios que haya podido causar al acreedor. Explica el motivo de ser de esta indemnización con las siguientes palabras: *"Pero esto no quiere decir que la obligación de hacer se resuelva en la de resarcir daños é intereses. pueden estos reclamarse por no haberse entregado la cosa en su debido tiempo y lugar, y cuando pereció ó se deterioró por culpa del deudor; pero sin perjuicio de esta responsabilidad puede el deudor ser compelido á la entrega de la cosa, mientras exista."* Es interesante hacer hincapié en esta desviación de la doctrina establecida por POTHIER, puesto que GARCIA GOYENA admite una indemnización de daños por el retraso, independientemente de cualquier concurrencia de culpa y de la acción de cumplimiento y de ejecución forzosa.

El siguiente punto es el de los riesgos por lo que hoy se llama imposibilidad sobrevenida de la prestación. Realiza una imputación general al acreedor desde el momento en que se perfecciona el contrato (art. 1.006). Sin embargo, en la segunda parte del precepto exceptúa de esta regla general a los deudores que hayan sido

"Por estas consideraciones se ha decidido, que el que se obliga á la conservación de una cosa, debe poner en ello todos los cuidados de un buen padre de familias, sea que la convención tenga por objeto la utilidad de una sola de las partes ó la de todas".

Yo añado —continúa GARCIA GOYENA— lo que tengo ya dicho en otra obra: *"Pedir más al deudor sería la más injusta y exorbitante exigencia: creer que se cumple con menos, equivale á renunciar abiertamente a la justicia y á la delicadeza".*

La fuerza de esta reflexión es igual en todas las obligaciones; y por lo mismo no se ha dado entrada á la excepción ó reserva del Código francés copiada en el párrafo primero de este comentario (hace referencia a la distinción de culpas según sea la utilidad de contrato de una de las partes o de ambas). La regla es general para todos los contratos, y sin una sola excepción: así no volverá a hablarse más en ninguno de ellos sobre la obligación y cuidados del deudor en conservar la cosa". A decir verdad, esta regulación de la obligación de custodia es aparte de lógica, coherente con lo que posteriormente se regula acerca de los riesgos de la pérdida y deterioro de la cosa. Sólo se presume la culpabilidad del deudor en la pérdida de la cosa si ésta se hallaba en su poder. La presunción se dice lógica puesto que existe una obligación, principal y no accesoria, de conservación de la cosa con diligencia. No rige para el caso de que la cosa esté en poder del acreedor porque no existe tal deber de diligencia en la conservación.

constituídos en mora y a aquéllos que se hayan obligado doblemente a entregar la cosa. Al comentar la regla, además, hace una remisión a otros artículos, como el 1.160, 1.040 y 1.054 en los que se le imputa al deudor la pérdida o deterioro de la cosa por culpa suya, estableciendo además una presunción *iuris tantum* de culpabilidad. El artículo 1.160 del Proyecto, que regula de manera general la pérdida de la cosa debida, en su segundo párrafo dispone. "*Habiendo culpa ó mora, estará este obligado á la indemnización...*" y en el tercero: "*Lo mismo sucederá (la no extinción de la obligación y la indemnización de los daños y perjuicios) cuando se hubiere obligado á la prestación del caso fortuito, aunque no haya culpa ni mora por parte del deudor*". Resalto este precepto porque es importante para demostrar que el sistema de responsabilidad trazado originariamente era absolutamente objetivo. Además, la mora en ningún caso parece requerir el elemento subjetivo de la culpabilidad, es decir, para GARCIA GOYENA una cosa es la mora y otra es la culpa. La concurrencia de una de estas dos situaciones da lugar tanto a la *perpetuatio obligationis* como a la indemnización de los daños y perjuicios causados al acreedor. Por otro lado, aclara GARCIA GOYENA que los tres primeros párrafos de este precepto son consecuencias y repetición de lo dispuesto sobre el riesgo de la cosa y efectos de la culpa ó mora en los artículos 981¹, 1.006, 1.0013 y sobre el caso fortuito

¹ Art. 981: "*La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad; lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los artículos 1859 y siguientes, del título 20, libro 3 de este Código.*"

La propiedad pasa al acreedor, y la cosa está a su riesgo desde que el deudor queda obligado a su entrega, salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1.006.

El que tiene a su cargo el riesgo de la cosa, debe sufrir su pérdida ó deterioro, pero se aprovechará también de su aumento ó mejora". Aquí, GARCIA GOYENA se separa de la opinión de POTHIER, puesto que, como se explicó más arriba, para éste el deudor sigue siendo propietario de la cosa hasta que realiza la entrega, y, por tanto, al acreedor sólo le asiste un *ius ad rem*. Justifica GOYENA esta desviación, aun reconociendo que es enteramente contraria a la máxima romana y Patria "*Traditione, non nuda conventione dominum acquiri*", en el hecho de que la obligación de entregar la cosa queda perfecta por el solo consentimiento de las partes. No es, pues, dice el autor, necesaria la entrega real para que el acreedor deba ser

en el 1.014. El siguiente artículo (1.161) presume la culpa del deudor en la pérdida de la cosa si ésta se encontraba en su poder y, en consecuencia, será éste quien deba probar el caso fortuito, no le basta probar la diligencia empleada en la conservación de la cosa, sino el acaecimiento de un suceso objetivamente fortuito. Esta aclaración la hace el propio GARCIA GOYENA, lo que viene a confirmar la idea de que el sistema de responsabilidad trazado en el Proyecto de 1851 es objetivo.

Pasando ya a la regulación que se hace de la constitución en mora hay que afirmar que sólo establece el presupuesto indispensable para que se entienda que un deudor ha incurrido en mora. El presupuesto, siguiendo la doctrina recibida de los compiladores justinianos y de los glosadores del Derecho común, es el del requerimiento. No existen más requisitos. El deudor, se dice en el artículo 1.007, debe estar obligado á entregar una cosa¹ y requerido para que se entienda incurso en mora.

considerado como propietario desde el instante en que el deudor queda obligado a entregarla. Desde entonces, asiste al acreedor, no ya un simple derecho a la cosa (*ius ad rem*), sino un derecho de dominio (*ius in re*). Por lo tanto, si la cosa perece por fuerza mayor o caso fortuito después que nació la obligación de entregarla, perece para el acreedor; según la regla *res perit domino*, aun cuando se haya señalado plazo o término para hacer la entrega, pues el contrato quedó perfeccionado por el mutuo consentimiento.

Este es el fundamento de la regla de imputación de riesgos dispersa por todo el Proyecto. En principio, los riesgos son del acreedor porque desde el mismo momento en que ha quedado perfeccionado el contrato es propietario de la cosa y como tal deberá asumir los riesgos, negativos y positivos a la que aquella está expuesta. Posteriormente, se comprueba que el mismo artículo 1.161 del Proyecto establece una presunción de culpabilidad del deudor y, en consecuencia, será éste quien deba probar que se trata de un caso fortuito objetivamente considerado. Al constituido en mora sólo se le otorga la posibilidad de probar que la cosa hubiese perecido igualmente en poder del acreedor si se la hubiera entregado a tiempo. Para el deudor que se ha obligado a entregar la misma cosa a dos o más personas, el Proyecto no le favorece ni siquiera con esta prueba. Será responsable de cualquier suceso fortuito que destruya o deteriore la cosa prometida.

¹ Como se puede apreciar en el Proyecto de 1851 no se prevé, expresamente y como tal, la constitución en mora del deudor de una obligación de hacer. Sin embargo de los comentarios que hace GARCIA GOYENA a este precepto se puede inferir que están incluidas. Así, entre otras cosas dice: "...cuando la cosa que el deudor debía hacer no podía ser hecha..." o "...cuando la cosa no podía ser hecha o entregada...". *Vid., op.cit., p. 540.*

Antes de seguir adelante con la exégesis de esta norma, creo conveniente hacer una breve alusión, por lo que más tarde pueda servir de ayuda, sobre la sistemática de estos preceptos. El primer artículo del capítulo dedicado al "efecto de las obligaciones que provienen de los contratos", como ya se ha dicho, es el relativo a la obligación de custodia en las obligaciones de dar. El siguiente es el que trata de modo general los riesgos de la pérdida de la cosa y sus dos excepciones, regulación que luego se completará en el artículo 1.160. Y a continuación se regula la constitución en mora del deudor. A mi juicio, la sistemática seguida en el Proyecto es lógica, puesto que la constitución en mora del deudor es una de las excepciones que anteriormente se han hecho al principio general de atribución de riesgos por la pérdida de la cosa, y, por tanto, debe estar a continuación de la regla general, como excepción que es. La siguiente norma comienza a regular las obligaciones de hacer, pero lo hace en otra sección, y lo mismo ocurre con la indemnización de los daños y perjuicios que viene separada de la anterior formando una sección. Con este comentario únicamente se pretende llamar la atención sobre la mezcla de problemas que tradicionalmente se viene haciendo en la doctrina en torno a la figura de la constitución en mora. Es conveniente separarlos y tratar independientemente los problemas que origina la redacción y configuración de cada uno de los institutos. Es decir, por un lado la constitución en mora como situación de especial responsabilidad en la que se puede llegar a encontrar un deudor moroso si su acreedor le requiere al cumplimiento, sus presupuestos, efectos y exoneraciones y, por otro, la indemnización de los daños y perjuicios causados al acreedor por el retraso en el cumplimiento de la obligación, sus presupuestos, efectos, exoneraciones y especialidades.

Dispone el artículo 1.007 del Proyecto de Código civil de 1851 que: *"Para que el obligado á entregar una cosa incurra en mora, debe mediar requerimiento por parte del acreedor, escepto en los casos siguientes:*

1º. Cuando en el contrato se haya estipulado espresamente que el solo vencimiento del plazo lo produzca, sin necesidad de requerimiento.

2º. Cuando de la naturaleza y circunstancias del contrato resulte que la designación de la época en que debía entregarse la cosa, fué motivo determinante, por parte del que habia de recibirla, para celebrarlo.

En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora, si el otro no cumple ó no se allana á cumplir debidamente la obligación que le es respectiva.

Cuando hay mora, por parte de los dos contratantes, perjudica la posterior."

La regulación proyectada, sin duda, es importante para resolver alguno de los problemas de interpretación que origina su definitiva codificación en 1889.

La regla general, como se ha puesto ya de manifiesto, es la necesidad de interpelación por parte del acreedor. Nada se dice expresamente acerca de las obligaciones a plazo y de la aplicación de la máxima *dies interpellat pro homine*, pero si se contempla el primer supuesto exonerador de la intimación, se puede apreciar que se optó por el sistema francés de no aplicación de esta máxima salvo que las partes lo

hayan pactado expresamente en el contrato. Por tanto, en las obligaciones a plazo habrá de entenderse que es necesario el requerimiento del acreedor para que el deudor incurra en mora, y en consecuencia que se sigue la regla general establecida en el primer párrafo del precepto¹. *Dies interpellat pro homine* sólo se aplica con la voluntad expresa de las partes.

En cuanto a la exoneración de la intimación del supuesto contemplado en el número 2º, GARCIA GOYENA lo hace referir a supuestos que son de término esencial, y que hoy en día ya ha sido negada por la unanimidad de la doctrina que pueda estar haciendo referencia a este tipo de obligaciones, puesto que llegado el término sin

¹ Esto mismo dice GARCIA GOYENA en su comentario, *vid.*, *op.cit.*, p. 539: "Debe mediar requerimiento aun cuando en el contrato se haya señalado plazo ó día cierto para el pago de la cantidad ó entrega de la cosa: así se dice con más expresión en el número 1. En realidad, ésta regla tiene su motivo de ser, puesto que el hecho de que en la obligación se haya fijado un plazo para el cumplimiento no significa que el deudor a partir del momento del vencimiento de ésta tenga que cargar con todas las consecuencias agravadas del incumplimiento. Cargará con los que cualquier deudor carga según las reglas generales del Proyecto (arts. 1.005, 1.006, 1.011 y 1.160 y siguientes). El deudor para ser responsable de los casos fortuitos ha de haberlos provocado con su comportamiento culposo (art.1.160 del Proyecto) o bien estar constituido en mora (art.1.006 del mismo). Por lo tanto, si acaeciese un suceso que imposibilitase el cumplimiento de la obligación de dar o de hacer desde el momento en que el deudor está obligado a cumplir su obligación, es decir, desde el momento del vencimiento del plazo en este tipo de obligaciones, y no estuviera constituido en mora, se aplicará la regla general dictada para todo tipo de obligado: la obligación no se entenderá extinguida si el deudor no probase que se trató efectivamente de un caso fortuito objetivamente considerado, porque la única causa de extinción de la obligación por pérdida de la cosa debida, o lo que hoy en día se llama imposibilidad sobrevinida de la prestación, es que sea debida a caso fortuito.

Si se quiere que el deudor responda de los casos fortuitos objetivamente considerados, y es ésta la responsabilidad agravada de la que se habla, es necesario constituirle en mora para lo cual el Proyecto exige el cumplimiento del requisito de la interpelación por parte del acreedor. No se vé motivo alguno, aparte que el propio precepto para las obligaciones a plazo exige que haya un pacto expreso en este sentido, para exonerar al acreedor de esta carga y automatizar el efecto agravado que supone la constitución en mora del deudor en las obligaciones a plazo. La fijación de un plazo para el cumplimiento no necesariamente significa un plazo esencial, sino que se trata de la expresión del momento en que una obligación deviene exigible y el deudor en consecuencia viene obligado a cumplir. No se trata de un plazo final, sino que puede tratarse de un plazo inicial. Dependerá del contrato de que se trate. Si fuera un término final, sería incumplimiento. Si es término inicial, es un término de exigibilidad. Se trataría de un supuesto de retraso en el cumplimiento puesto que el cumplimiento sería exigible por el acreedor desde el día de su vencimiento y el deudor estaría obligado a cumplir igualmente desde este momento. Por consiguiente, el acreedor estaría legitimado para intimar a su deudor con el fin de obtener la prestación y desde ese mismo momento se entendería incurso en mora, por haberse fijado el momento del incumplimiento.

haberse cumplido la obligación no hay mora sino incumplimiento definitivo. En este trabajo se defenderá que lo que en realidad prevé este supuesto es que en todos aquellos contratos en los que por su propia naturaleza, que es lo que los clásicos romanos denominaron *ex re*, por la misma cosa objeto del contrato, por sus circunstancias, por su esencia, ha de entenderse que no es necesario interpelar al deudor para que se entienda que los riesgos derivados de un suceso fortuito, originado por su tardanza en el cumplir, son de su cuenta y riesgo. Por ejemplo: Si compro unos congelados en el supermercado y los dejo para que me los traigan a mi domicilio, está claro que no es necesario que interpele a mi deudor en caso de que ya haya pasado el tiempo razonable y propicio para la descongelación de los productos para entender que si éstos se han deteriorado o perdido son de su cuenta y riesgo y no del mío. Y ésto es así por el retraso en el cumplir y no por la obligación de custodia a la que viene obligado hasta que me entregue los productos comprados. Porque si fuera así, mi deudor estaría legitimado para probar que se trató de un caso fortuito, por ejemplo, que un cortocircuito estropeó la cámara frigorífica. Sin embargo, si se retrasa en la entrega (se entenderá por retraso todo lo que pase de un plazo razonable para entender que los productos llegarán en las condiciones implícitamente requeridas para su adquisición) no podrá alegar caso fortuito alguno porque de la propia esencia del contrato se desprende que son de su cargo. No soy yo quien debe saber cuándo me debe entregar los productos comprados para que no se deterioren, sino que implícitamente es mi deudor, sin necesidad de establecer convenio sobre el plazo y los riesgos en nuestro contrato verbal o por escrito, quien asume esos riesgos de los fortuitos.

VON THUR explica este tipo de supuestos con mucha claridad. *"No hay razón*

obligación. Así, por ejemplo, si el deudor se ha obligado a precaver un peligro que amenaza al acreedor efectuando una reparación: en este compromiso va implícita por sí misma la obligación de elegir el momento para el trabajo sin que medie requerimiento alguno por parte del acreedor; si el deudor deja pasar el momento oportuno vendrá obligado a indemnizar los daños causados por la mora, aunque el acreedor no le haya hecho la intimación".

En cuanto a la mora en las obligaciones recíprocas parece que se hace aplicación de la regla de la *exceptio non adimpleti contractus* o como expresamente explica GARCIA GOYENA "el que no cumple, mal puede reclamar del otro el cumplimiento el cumplimiento, y de consiguiente, constituirle en mora, pero se cumple por los medios prescritos en el párrafo 5, sección 2, capítulo 5, de este título", es decir, con el ofrecimiento del pago y consignación. Creo que se debe defender que el requisito general de la interpelación por parte del acreedor no se exige en este supuesto. Pero es cierto que, de acuerdo con la sistemática del precepto, no está entre los numerados como exonerados del presupuesto, el principio general es el de la interpelación, y que, en principio, no se vé motivo alguno para exonerar a todas las obligaciones recíprocas, sean del tipo que sean, de este requisito. ¿Basta el cumplimiento del deudor para entender constituido en mora a la otra parte?. Del Derecho histórico y comparado se deduce que no se trata de un supuesto exoneratorio. GARCIA GOYENA alude al artículo 1.907 del Código de la Luisiana que establecía que "En los contratos que contienen obligaciones recíprocas, el que quiere constituir al otro en mora, debe, por su parte, cumplir las obligaciones". Además, parece que se está exigiendo un requisito añadido al de la interpelación, el cumplimiento previo de la parte que quiera constituir en mora a la otra,

recíprocas, el que quiere constituir al otro en mora, debe, por su parte, cumplir las obligaciones". Además, parece que se está exigiendo un requisito añadido al de la interpelación, el cumplimiento previo de la parte que quiera constituir en mora a la otra, puesto que habla de reclamaciones y constitución en mora.

El último párrafo del precepto dispone que la mora del acreedor purga o hace cesar la del deudor.

Hasta aquí los preceptos que el Proyecto dedica de modo unitario y en la misma sección a uno de los efectos de las obligaciones contractuales, a imputación de los riesgos derivados de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, independientemente, como expresamente dice, de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios. A partir de este punto se analizará la regulación que se realiza de esta obligación de indemnizar, sus presupuestos, exoneraciones, especialidades y efectos.

A modo de declaración o de introducción, sin intención de realizar una definición detallada puesto que la hace a continuación y separando cada supuesto, el artículo 1.011 del Proyecto sintetiza los casos en los que las partes contratantes están obligados a indemnizar los "perjuicios y al abono de intereses". Estos son:

1ª. – Por dolo

2ª. – Por negligencia

3ª. – Por contravención a lo pactado, aunque sea en el modo de ejecutarlo

4ª. – Por morosidad

Será este precepto el precedente inmediato del actual artículo 1.101 del Código civil. Dice GARCIA GOYENA que todos los códigos están de acuerdo en los dos primeros casos, y que los restantes envuelven por lo menos culpa. Parece que si bien es cierto que el dolo y la negligencia son criterios de imputabilidad de responsabilidad del deudor, la morosidad y la contravención a lo pactado, son situaciones distintas de las anteriores. Se viene diciendo que ésta son supuestos de incumplimiento, mientras que el dolo y la culpa son los comportamientos con los que se determinan dichos incumplimientos. A mi juicio, esta teoría es propia de las doctrinas culpabilistas que defienden esa extraña idea, extraña para el Derecho, como hasta aquí se ha tratado de demostrar, de que no hay incumplimiento sin culpa, o esas más avanzadas de que no hay responsabilidad sin culpa.

Los cuatro supuestos incluidos en el precepto son fundamentos de la obligación de resarcir los daños por parte del que ha incurrido en ellos. Es decir, quien actúa con dolo en el cumplimiento o incumplimiento de su obligación, debe indemnizar los daños causados. Lo mismo ha de predicarse del que actúa negligentemente. El que de cualquier otro modo contraviniera el tenor de la obligación es uno de los casos más polémicos con el que se encuentra la doctrina. Es ésta esa zona gris de supuestos de la que se hablaba en la nota introductoria, en la que se debe imputar al deudor la obligación de resarcir, que ni es culpa ni es dolo, y no entra dentro del supuesto de caso fortuito, porque o bien era previsible o bien evitable. Es esa zona de responsabilidad por daños objetiva que implícitamente se le atribuye al deudor porque entra dentro de su círculo de actuación y de actividad y de su previsibilidad. Son todas esas causas que impiden al deudor realizar su prestación ajustada al programa preestablecido y que no se pueden calificar

de negligentes o dolosas, pero tampoco de caso fortuito. El cuarto supuesto, el de la morosidad, es otro caso de responsabilidad objetiva. Moroso es el que no cumple cuando debía. La causa no es relevante para calificarlo de moroso. Solamente el deudor en estos casos, en los cuatro, no estará obligado a la indemnización si acaeció un caso fortuito. Naturalmente, éste se contradice con el dolo y la culpa. El deudor doloso y el culposos sólo pueden exonerarse si prueban el caso fortuito. Al acreedor, como el propio GARCIA GOYENA recuerda, le basta justificar la legitimidad de su crédito que es el fundamento de su demanda (responsabilidad objetiva estricta).

A continuación el Proyecto establece que sólo en caso de dolo se responde de todos los daños y perjuicios que conocidamente se ocasionen por la falta de cumplimiento (artículo 1.016), porque en todos los demás casos, es decir, negligencia, contravención cualquiera y morosidad, se responde de los que sean consecuencia directa e inmediata de la falta de cumplimiento. Para todos los no dolosos, por tanto, se establece un régimen distinto, menos grave o menos amplio, que para los dolosos. Con esta distinción de supuestos y de efectos se quiere expresar la idea de que el retraso, la morosidad, entra dentro de los supuestos de imputabilidad al deudor de la obligación de indemnizar los daños causados. Es necesaria la constitución en mora, aunque constitución en mora y morosidad o retraso no son sinónimos. Cuando el Proyecto establece una especial regulación para el caso de inejecuciones temporales o retrasos exige, como se ha visto, la previa constitución en mora. GARCIA GOYENA nada dice al respecto, pero cuando comenta tanto este artículo como el referente a las obligaciones pecuniarias se expresa con la frase "*perjuicios por mora ó retardo*" lo que lleva a pensar que los trata como sinónimos y que requiere la constitución en mora. Además, los

Además, en el artículo 1.017 se establece la única regla especial de indemnización de daños. Especialidad, como ahora se verá, que radica en la dificultad de calcular y probar los daños derivados del incumplimiento en general de las obligaciones pecuniarias. Se trata de un incumplimiento retrasado, porque el único modo que hay de contravenir una obligación dineraria es retrasarse en el cumplimiento, por aplicación de la máxima "*genus nunquam perit*". Y el hecho de que se exija la previa constitución en mora del deudor para tener derecho a la indemnización de daños y perjuicios, no es por el efecto de la constitución en mora, sino porque en ella se da relevancia jurídica al retraso.

Dispone esta norma especial, que posteriormente ha pasado al Código civil (artículo 1.108) que: "*Cuando la obligación se limitase al pago de una cantidad determinada y se hubieren pactado intereses, el deudor que se constituya en mora, deberá abonar por vía de indemnización de perjuicios, la tercera parte del interés legal, además del pactado.*

No habiéndose pactado intereses, deberá abonar el todo del interés legal". Es conveniente detenerse a analizar este precepto, porque ilustrará más tarde la investigación y la interpretación del actual artículo 1.108 del Código civil. Empieza el comentario de la norma con las siguientes palabras: "*aunque algunos (de los numerosos códigos que ha concordado con el precepto) opinaron que podían pedirse las usuras e intereses, y además los perjuicios por el retardo ó mora, al menos cuando aquéllas (las usuras) eran convencionales*" Se refiere, dice, a la segunda parte del precepto; pero es difícil pensar que si no se ha pactado nada, además del interés legal total se den las usuras convencionales, debe estar haciendo referencia al primer párrafo. Es decir, los

difícil pensar que si no se ha pactado nada, además del interés legal total se den las usuras convencionales, debe estar haciendo referencia al primer párrafo. Es decir, los daños por el retraso serán cuantificados, cuando hay pacto previo de intereses, en aquellos intereses pactados más la tercera parte del legal. Si ésto es así, parece claro que el propio ordenamiento está fijando una indemnización mayor a la prevista por las partes para el caso de retraso en el cumplimiento. ¿Por qué?, ¿cuál es el motivo que ha guiado al legislador de 1851 a aumentar, *de motu proprio*, la indemnización pactada por las partes?. En mi opinión, la razón estriba en que la parte pactada por las partes son intereses corresponsivos, los derivados del uso y goce de la suma ilícitamente, cuando ya debía haber entregado la suma debida, y la tercera parte del interés legal, fijado por el legislador, son intereses moratorios y, por este motivo, requiere la previa constitución en mora del deudor. Si las partes han pactado intereses para el caso de incumplimiento de una obligación pecuniaria, y el acreedor no le intima posteriormente, éste podrá reclamar lo pactado, porque de lo contrario ¿para qué el pacto?. El acreedor, según el precepto del Proyecto, para solicitar toda la indemnización prevista deberá intimar a su deudor. Habla GOYENA de que otros Códigos discuten sobre la posibilidad de indemnizar los daños del retraso además de las usuras convencionales. ¿No hace el Proyecto lo mismo?. Sigue comentando GARCIA GOYENA: *"La primera parte del artículo no se encuentra en otros códigos, al menos en los mismo términos, y, sin embargo, parece justa y templada. Alguna indemnización ha de darse al acreedor por el perjuicio que sufre ó se presume sufrir en este caso. El artículo 1.154 francés, dispone que los intereses debidos al menos por un año entero, produzcan todo el interés legal desde el día de una demanda judicial. Esta disposición, desechada enteramente en algunos Códigos, nos ha parecido exorbitante, y ha sido reducida á la tercera parte*

del interés legal, desde que los intereses pactados pudieran pedirse y fueron efectivamente pedidos en juicio". No aclara mucho, sino más bien complica todavía más la labor de interpretación de la norma, puesto que parece que, además de la interpelación, ahora deben pedirse los intereses en juicio. Se pasa, por consiguiente, de una interpelación judicial o extrajudicial, a la necesidad en las obligaciones pecuniarias, hayan pactado las partes lo que hayan pactado, de intimación judicial. *"La dificultad de calcular y probar los daños por la mora ó retardo en el pago, cuando la obligación es de una suma ó cantidad cierta, ha movido al legislador á fijarlos desde luego en el interés legal, si no se pactó otro. A esto queda reducida la responsabilidad del deudor moroso; pero en cambio, queda relevado el acreedor de toda prueba, porque su pérdida es evidente, ó al menos se presume tal".* Creo que es este el fundamento último del precepto. El legislador presume siempre el daño causado por el retraso en las obligaciones de dinero y lo cuantifica en todo el interés legal del dinero si las partes no previeron contractualmente otro distinto. Por el contrario, si pactaron intereses, el legislador reduce la cuantía anterior en un tercio del interés legal. Pero, exige la previa constitución en mora del deudor para acceder a esta cuantificación prefijada que le otorga sin necesidad de prueba alguna de los daños sufridos. Creo que no deja de ser más que una presunción *iuris tantum* a favor del acreedor, dada la dificultad de probar los daños derivados del incumplimiento de una obligación pecuniaria, bajo la condición de que constituya en mora a su deudor. Pero que si el acreedor prueba otros daños no hay inconveniente en otorgarle la indemnización de que se trate. Parece claro que la alusión a los intereses pactados por las partes de esta norma no pueden tener naturaleza de cláusula penal, porque ésta viene regulada en siguiente artículo del Proyecto en el que se sigue utilizando el término morosidad (*dejare de cumplir lo pactado o fuere*

moroso) como retraso en el cumplimiento y como constitución en mora en sentido estricto.

Una vez recorridas las reglas relativas a la mora del deudor en el Proyecto de 1851, precedente inmediato del Código civil de 1889, hay que aludir al movimiento precodificador en los sistemas que se vienen denominando de raíz germánica. Para no extender demasiado este capítulo se limitará el estudio a un breve recorrido por el Derecho antiguo germánico y a las doctrinas introducidas en su mayoría por WINDSCHEID, como máximas exponentes de la recepción que se hace del Derecho romano y común en estos países de habla germana y como figuras influyentes en la codificación del Derecho. También se hará una breve referencia al Primer Proyecto de Código civil para el Imperio Alemán, porque reflejó las teorías científicas que en aquel momento estaban vigentes en Alemania¹. Advierte SALEILLES, que realizó profundas investigaciones acerca del Derecho comparado en esta época y especialmente en Alemania², que antes de empezar el estudio del derecho germánico en esta época se debe aclarar un punto de vital relevancia: la principal fuente de inspiración del Proyecto de Código civil alemán fué el Derecho romano. El Derecho de obligaciones, a pesar de

¹ Esa parte, que no pretende ser exhaustiva ni profunda, se basa esencialmente en las obras de MONTEL, *op. cit.*, a lo largo de toda la obra; PLANITZ, *"Principios de Derecho Privado Germánico, Traducido por Melon Infante, Barcelona, 1957"*; SALEILLES, *"Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand"*, Paris, 1925; WINDSCHEID, y todas las referencias encontradas a este respecto en el resto de la bibliografía utilizada para elaborar este trabajo.

² Entre otras obras destacan: *"Étude sur les sources de l'obligation dans le projet du code civil allemand"*, Paris, 1889.; *"Étude sur la théorie générale des obligations dans la seconde rédaction du projet de code civil allemand"*, Paris, 1895; *"Mélanges de droit comparé. I. Introduction à l'étude du droit civil allemand à propos de la traduction française Bürgerliches Gesetzbuch entreprise par le Comité de législation étrangère"*, Paris, 1904.

su carácter casuístico, ha constituido el *chef-d'oeuvre* de la legislación romana. Todas las legislaciones posteriores han recogido en materia de obligaciones sus principales elementos. El antiguo Derecho francés hacía referencia en este punto al Derecho de las Pandectas. Pothier les donó el punto de vista más claro que se podía tener, y su Código Civil hizo del Tratado de Pothier la base de sus disposiciones sobre obligaciones. Esto mismo sucedió en Alemania, donde el Derecho de las Pandectas ha continuado siendo, aun bajo el nombre de Derecho común, la legislación subsidiaria del país. Todos los grandes principios de la legislación romana se encuentran recogidos en el Proyecto, que se valora como profundamente racional y esencialmente jurídico. Esta afirmación hay que completarla con otra de PLANITZ: "Desde la recepción del Derecho romano, el Derecho de obligaciones de aquéllos se enseñoreó de la doctrina y fué dominando también la práctica en medida creciente. La vida del tráfico exigía imperiosamente un Derecho de obligaciones unitario. El antiguo Derecho alemán de obligaciones poseía tan sólo una validez particular y, aunque hubiese podido quizás adecuadamente satisfacer también las nuevas necesidades económicas que surgían, era, sin embargo, un Derecho de defectuoso desarrollo científico que, a consecuencia de la falta de fuerza del poder imperial, no estaba en condiciones de crear un Derecho común para el tráfico. Esto precisamente es lo que ofrecía, con perfección inigualable, el Derecho romano de obligaciones. Apropiado para el floreciente tráfico económico de la antigüedad, había sido adaptado a las necesidades del tráfico de la época por los juristas italianos de la Edad Media. A la más estricta construcción lógica unía la más aguda y punzante apreciación de los problemas particulares. Por esta razón, el Derecho romano de obligaciones fué en principio el elemento dominante en el Derecho alemán de obligaciones de la época moderna. De todas formas, en el Derecho de obligaciones

alemán han subsistido ideas jurídicas germánicas, y en épocas más recientes han florecido de nuevo con vigorosa eficacia"

En el antiguo Derecho alemán¹, en virtud de la relación obligatoria, el deudor que no realizaba la prestación a su debido tiempo podía ser constituido en mora por su acreedor. Para ello era preciso que le le conminase, en forma legal, al cumplimiento. El no cumplimiento de la obligación después de que hubiese sido conminado era un agravio punible, se producía el efecto jurídico de la responsabilidad penal y su persecución consistía en las llamadas *Bussen moratorias* que eran cantidades que el deudor moroso debía abonar al acreedor por haberle agraviado con la mora. El deudor era sancionado con ellas, cada vez que el acreedor le conminase al cumplimiento, que no había inconveniente en que fueran múltiples, y éste no atendiera a su demanda. Además, carecía de cualquier relevancia el motivo o causa por la que el deudor hubiera incumplido. En la Edad Media este panorama, en cierta medida, cambia. El requerimiento sólo se mantiene si se quiere lograr un embargo extraprocésal. La responsabilidad del deudor ya no deriva del efecto penal que supone el incumplimiento, sino de la propia deuda, pero el deudor podía liberarse probando la "*legítima necesidad*". En el caso de haberse pactado un plazo para el cumplimiento se aplicaba la máxima *Dies interpellat pro homine*. Las *Bussen moratorias* desaparecen y, en consecuencia, existen casos en que, si nada se pacta al respecto, el deudor moroso no viene obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados al acreedor por su tardanza en el cumplir.

¹ PLANITZ, *op.cit.*, p.221

Pero, en general, en el sistema de responsabilidad aplicado en el antiguo Derecho germánico, anterior a la recepción del Derecho romano, bastaba el hecho del incumplimiento del contrato para estimar responsable penalmente al deudor. Era, como ocurría en caso de retraso, indiferente la causa que originó la inejecución de la prestación, porque el acreedor debía recibir lo que se le había prometido. Respondía el deudor, en consecuencia, incluso de lo que, posteriormente, se definió como caso fortuito. Más tarde se admitirían, como ya se ha dicho, algunos supuestos de "legítima necesidad". Pero este principio ni se aplicaba a todas las relaciones obligatorias¹, ni estaba regulado en general de una manera consecuente. Cuando el ordenamiento jurídico negaba la existencia de una "legítima necesidad" o de una calamidad, el deudor debía indemnizar al acreedor los daños, sin que fuera necesario llevar a cabo un exámen más detallado del caso concreto, puesto que no se reconocían grados de responsabilidad.

Por lo que atañe al riesgo por la pérdida de la cosa debida se sabe que en el Derecho alemán antiguo éste sólo se le transmitía al comprador con la *gewere* o entrega (posesión) de la cosa. Con la recepción del Derecho romano se entendió o aceptó la idea de que el riesgo por la pérdida o deterioro de la cosa fortuitamente se le traslada al comprador en el momento de la conclusión del contrato

La constitución en mora del deudor en el primer Proyecto de Código civil alemán² estaba prevista en los artículos 245 y siguientes. Continúa la tradición

¹ Sobre las excepciones y supuestos en los que regía el principio general de responsabilidad absoluta del deudor, *vid.* PLANITZ, *op.cit.*, p.224.

² SALEILLES, *op.cit.*, p. 22

romanista y se configura como una situación de retraso imputable al deudor que se constata oficialmente mediante una interpelación del acreedor.

El presupuesto de la imputabilidad del deudor, que algunos autores quisieron fundamentar en la culpa, quiebra en cierta medida, si se tiene en cuenta que el deudor se podrá liberar, en la mayoría de los casos de esta situación de especial responsabilidad, probando el caso fortuito. Además, en la regulación que se hace de los intereses moratorios, una de las consecuencias derivadas de la constitución en mora del deudor, hace depender su exhibición del simple hecho de la constitución en mora sin permitirle al deudor llevar a cabo justificación alguna de su retraso, porque se entiende que es una especie de garantía estipulada para el caso de retraso en el cumplimiento. En consecuencia, los intereses moratorios constituyen una excepción a la regla general de la imputabilidad del deudor en el retraso.

En lo que se refiere a los supuestos de mora automática o *ex re* en los que se rompe el principio general de la previa intimación del acreedor al cumplimiento para que la mora exista, el Derecho germánico se separa del resto de los proyectos y leyes de esta época, puesto que acoge sin reservas el principio *dies interpellat pro homine*. Parece que se adopta creyendo que es una expresión exacta del Derecho romano clásico e interpretada después por los glosadores, pero de la aplicación que de ella hicieron en sus decisiones jurisprudenciales los antiguos juristas alemanes, nada se sabe.

Algunos autores, como ACCARIAS o WINDSCHEID, opinaron que se trataba de un problema de interpretación de la voluntad contractual. La dificultad estriba,

dicen, en determinar, en caso de duda, cuál es la presunción a aplicar. Si las partes han querido o no que el propio vencimiento del término prefijado para el cumplimiento de la obligación, sin necesidad de previo requerimiento, haga situar en mora al deudor. Algunos piensan que no se debe interpelar porque, entre otras razones, invocan un motivo en especial, el de que la fijación de un término es favorable al deudor, porque de lo contrario las obligaciones son exigibles desde el día que se contraen. Sin embargo, se puede ver también desde el punto de vista contrario, el deudor ha renunciado a la presunción de un término a su favor y, en consecuencia, debería ser requerido para constituirle en mora, ya que el simple vencimiento del plazo no basta para alcanzar esta finalidad.

Fuera como fuera, lo cierto es que se acoge en todos los países de raíces germánicas, salvo en Suiza donde se siguen las doctrinas francesas y la mora surge automáticamente únicamente si las partes han pactado expresamente en el contrato, la aplicación de la máxima *dies interpellat pro homine*.

En lo que se refiere a los efectos de la constitución en mora del deudor, también en estos sistemas se hacen derivar dos efectos: los riesgos de la pérdida de la cosa debida o de la imposibilidad sobrevenida de ejecutar la obligación y la obligación de abonar los intereses moratorios.

En cuanto al primer efecto, la llamada *perpetuatio obligationis*, el deudor constituido en mora no se exonerará del riesgo del caso fortuito hasta que realice la entrega o cumpla debidamente lo que se había obligado a hacer. Esta responsabilidad

se presume que el daño originado por la pérdida no deriva del hecho mismo del retraso en el cumplimiento, o que el caso fortuito, nada ha tenido que ver con la constitución en mora del deudor. En realidad, el problema surge con la prueba. El deudor debe probar que ese mismo caso fortuito que ha acaecido mientras la cosa estaba en su poder, hubiera sucedido en ese mismo momento de haber estado ya en manos del acreedor (art. 251).

Otro problema derivado de la prueba del caso fortuito es el de la determinación del *quantum* indemnizatorio. ¿El acreedor tendrá Derecho al más alto valor que la cosa hubiera alcanzado o que él hubiera obtenido de haber estado a su disposición a tiempo o solamente el valor que tenía la cosa en el momento de la pérdida fortuita?. ¿Cómo se distribuye esta carga de la prueba del daño suplementaria?. El Proyecto, en su art. 251, dispone que la indemnización en este caso comprende el valor más alto que hubiera tenido la cosa perdida estando pendiente la situación de mora del deudor. Será a éste último a quien se le atribuya la carga de probar que el acreedor hubiera conservado la cosa en su poder y que habría sufrido igualmente su pérdida y, en consecuencia, no hubiera obtenido el beneficio que supone tal incremento de valor. Si el acreedor pretende un daño mayor a éste, será él quien deba probar que efectivamente de haberse entregado la cosa a tiempo él hubiera obtenido un beneficio mayor al previsto. Esta solución, acogida de las leyes romanas, se basa en la presunción del lucro cesante sufrido por el acreedor que se ha visto privado de tener este bien en su patrimonio desde el día en que debía habersele entregado por el deudor. Y, por tanto, como presunción que es, puede ser destruída, para mejor o peor, por quien la contradiga. Es decir, al deudor, no conforme con ella, le corresponde probar que la cosa, de haber cumplido a

su debido tiempo, se hubiera encontrado todavía en poder del acreedor y, consecuentemente, habría sufrido el mismo caso fortuito. Al acreedor le atañe, por su parte, si quiere aumentar el valor de la indemnización, probar que el daño sufrido por la pérdida es mayor al establecido.

Se debe tratar, ahora, de la excepción, que se hace tanto en estos Derechos germanicos, como en los de corte francés, con la regulación de la constitución en mora del deudor de una obligación pecuniaria. Se establece el Derecho del acreedor a no probar los daños y perjuicios causados por el retraso y se le otorga automáticamente una indemnización, en concepto de intereses moratorios, siempre si se contenta con ello, correspondiente a un 5% del interés legal del dinero. Ahora bien, no se deroga aquí la regla general de la prueba del mayor daño por parte del acreedor que lo pretenda (art.248). Para acceder a este automatismo del Derecho a los intereses moratorio es necesario que cumpla previamente con el requisito de la interpelación. El anatocismo está prohibido en cuanto a los intereses legales, pero no en cuanto a los convencionales. La situación de mora en el deudor cesa por las mismas causas que se reconocen en el resto de los países estudiados. La única particularidad que aportó el Proyecto de Código civil alemán fue el estimar independiente la deuda de intereses de la obligación principal y, en consecuencia, que puede extinguirse la obligación principal y no hacerlo la de intereses.

No se puede finalizar el estudio de este período jurídico sin hacer referencia al sistema de responsabilidad contractual previsto en el Derecho germánico. En éste, la responsabilidad del deudor deriva del incumplimiento de aquella diligencia que se

comprometió a prestar en la ejecución del contrato. Cualquier violación, levísima, leve o grave de esta diligencia prometida se considera culpa y, en consecuencia, incumplimiento imputable. Si nada se ha dicho en el contrato deberá prestarse la de un buen administrador (art.224). La responsabilidad trazada en el Proyecto es una responsabilidad por culpa, por cualquier medida de culpa. Pero se da libertad, casi absoluta, a las partes para agravarla o aminorarla, salvo, en todo caso, el dolo. El dolo es la única excepción que realiza el Primer Proyecto, como hacen todos los demás, a las cláusulas de exoneración de responsabilidad derivada del incumplimiento contractual (art.225) y como comportamiento que es deliberadamente dirigido al incumplimiento contractual es sancionado con una obligación de indemnizar más grave. Por otro lado, al igual que sucederá en su definitiva codificación, el Primer Proyecto prevé el caso fortuito como la única imposibilidad de ejecución de la prestación que libera al deudor de su obligación, y, en consecuencia de su responsabilidad. Lo configura como un suceso ajeno y extraño a la persona del deudor. Esto, lógicamente, ha de ser así, puesto que como ya se ha dicho, el deudor se obliga en razón de una concreta diligencia prometida, y toda aquella previsión y esfuerzo que le sea requerida y, en consecuencia, próximo en virtud del convenio se extralimitará de la figura del caso fortuito o, dicho del modo contrario, todo aquel esfuerzo de previsibilidad y evitabilidad que exceda de la diligencia prometida en la realización del cumplimiento de su obligación deberá ser considerado caso fortuito o imposibilidad no imputable al deudor.

Esta regulación, a mi juicio, merece un comentario. Se ha dicho tradicionalmente, con la finalidad de contraponer este sistema germánico, que luego se acogerá en el B.G.B con algunos matices, al de corte francés, que la construcción de la

responsabilidad realizada por el Proyecto de Código civil alemán es culpabilista y, sin embargo, en mi opinión, no dista sustancialmente del proyectado en el resto de los países allegados a él. El hecho de que los contratantes acuerden el grado de responsabilidad, mediante el criterio de imputabilidad de la culpa (puesto que el dolo no pueden pactarlo) al que se someterán en caso de incumplimiento, no significa, ni mucho menos, que se esté ante un sistema de responsabilidad contractual culpabilista, entendido en el sentido, durante tanto tiempo defendido, de que no hay incumplimiento sin culpa o, el un poco más avanzado, de que no hay responsabilidad sin culpa. Se basa esta afirmación en varios motivos. En primer lugar, ésta manera de regular la responsabilidad contractual no significa, en modo alguno, que el incumplimiento no sea un mero dato fáctico, sino que su existencia no tendrá más relevancia para las partes o para la relación contractual que la que ellas mismas hayan querido darle o la ley prevea. En cualquier caso, el incumplimiento le será imputable al deudor siempre que carezca de una causa de exoneración, valorada según el criterio prefijado por las partes o, en su defecto, por la ley. Además, la causa de exoneración continúa en los ordenamientos germánicos consistiendo en el caso fortuito o la imposibilidad sobrevenida no imputable. Lo que ocurrirá es que habrá de fijarse o valorarse la concurrencia del caso fortuito a través de una interpretación de lo que las partes hayan previsto en su contrato al acordar el grado de culpabilidad al que se someten. Digo esto porque en todos los sistemas que se vienen calificando de subjetivistas aparece la figura del caso fortuito o de la imposibilidad sobrevenida no imputable como única causa de liberación del deudor de su responsabilidad por incumplimiento. Si se tratase de sistemas subjetivistas puros, la causa de exoneración sería la prueba de la no culpa o de la diligencia empleada, sin necesidad de hacer referencia alguna al caso fortuito, puesto que sería un concepto que

se integraría en ella. En ningún caso se discute que todo lo que no le sea imputable al deudor, será causa de exoneración de su responsabilidad, como dirían los seguidores de este sistema. Los objetivistas, entenderán la cuestión desde el punto de vista opuesto. Todo lo que no sea caso fortuito, será imputable al deudor. El problema aparece, como en el resto de los sistemas, en averiguar si el hecho que originó la falta de cumplimiento de lo prometido le es o no imputable al deudor. En caso de dolo y negligencia probada no existe problema, porque la propia esencia de estos criterios excluyen la exoneración de su responsabilidad. El problema se origina, en primer lugar, cuando se ha pactado expresamente en el contrato el grado de culpa-diligencia exigible, como criterio de imputabilidad, que será el que haya de tomarse como base para la valoración de la responsabilidad frente al incumplimiento. Esta culpabilidad-diligencia pactada no significa, a mi modo de ver, que las partes acuerden el esfuerzo que realizarán para alcanzar el resultado querido por ellas. Esto debe ser así, puesto que la diligencia se debe poner en el cumplimiento forma parte o integra la propia obligación (diligencia integradora), cualquier tipo de obligación, lo que es muy diferente a decir que basta el haber intentado diligentemente obtener el resultado prometido para haber cumplido con la obligación. De lo contrario, cualquier obligación, de dar, hacer o no hacer alguna cosa se resolvería en una obligación de poner el esfuerzo prometido para llevar a cabo el cumplimiento, sin asegurar, en caso alguno, su consecución, lo que llevaría a un absurdo conceptual y a la no contratación en el tráfico jurídico actual¹. Sin duda alguna, dentro de este deber de diligencia está, en mayor o menor medida, el de prever y

¹ Sobre esta concepción se volverá al tratar el tema del incumplimiento de las obligaciones y sus efectos, en el que, siguiendo a BADOSA COLL, *op.cit.*, se intentará llevar a cabo un análisis más profundo de la cuestión.

comprometerse a evitar los posibles eventos que puedan disturbar el eficaz cumplimiento del contrato.

En mi opinión, más bien lo que las partes persiguen al convenir sobre el grado de diligencia-culpabilidad al que se comprometen es establecer los efectos que sobre su respectiva responsabilidad tendrán las consecuencias que se pueden derivar de las perturbaciones que han previsto que pueden afectar a la realización y buena marcha del negocio proyectado, es decir, realizan una distribución convencional de los riesgos que pueden dar lugar a que el contrato quede incumplido. En este sentido, cuando las partes acuerdan el grado de diligencia a la que se someten no hacen tanto referencia a una diligencia-modelo de conducta exigible, sino a una diligencia-culpa como criterio de imputabilidad. Si alguna de ellas no lleva a cabo lo pactado, en caso de desacuerdo entre ambos sobre el contenido de su obligación, se deberá averiguar cuál fué la distribución de la responsabilidad que hicieron. El deudor no podrá probar su diligencia-integradora de su propia obligación, sino que lo que deberá probar para exonerarse de la responsabilidad es que el suceso que motivó que dejase el contrato incumplido no estaba dentro del ámbito de responsabilidad que se había obligado a asumir. Las obligaciones son susceptibles, como explica BADOSA, de contener ambos tipos de diligencia. La diligencia promotora, que existe en todas ellas, pues es la actividad que se debe realizar previamente al cumplimiento tendente a la consecución de la prestación (sea esta de medios o de resultado) y como tal exigible a todos los deudores. Su no cumplimiento, por su propia naturaleza, derivará en la imposibilidad posterior de cumplir lo prometido, originará el incumplimiento. Pero el cumplimiento de la actividad promotora no significa necesariamente el posterior cumplimiento de la obligación prometida. Se han podido

realizar todos los actos preparatorios al cumplimiento de lo pactado y no alcanzarlo. Este cumplimiento de la actividad de diligencia promotora no exime de responsabilidad al deudor, si fuese así, cualquier obligación se resolvería con la prestación de la diligencia promotora o instrumental. El otro tipo de diligencia, que aparece contemplado en todos los ordenamientos, tengan la raíz que tengan, es la llamada diligencia integradora que, como su propio nombre indica, integra o forma parte de la propia obligación. Esta no se da en todos los tipos de obligaciones, sino únicamente en aquellas cuya esencia u objeto es la prestación de una conducta idónea para la realización de un fin que no necesariamente ha de verse realizado. El objeto de la obligación es la conducta, la conducta es el resultado. En consecuencia, habrá cumplimiento siempre que el deudor haya llevado a cabo su obligación de comportamiento.

Si ésta interpretación es correcta, el esquema proyectado por todos aquellos sistemas que establecen un grado de culpa-diligencia en el cumplir es objetivo. Desde este punto de vista, es indiferente que las partes hayan pactado el grado de imputabilidad que asumen o que lo haga, a falta de convenio entre ellas, la ley. Las consecuencias serán las mismas. En caso de incumplimiento y que no haya habido previo acuerdo sobre la culpa-diligencia-criterio de imputabilidad deberá aplicarse el criterio establecido por la ley para imputársela al deudor por su incumplimiento y todo lo que exceda de este criterio legal habrá de entenderse que no pertenece a su ámbito de responsabilidad, que no le es imputable y, en consecuencia, que se trata de un caso fortuito.

En aquellos sistemas de corte "objetivista" y que no realizan una declaración

sobre la necesidad de culpa en la responsabilidad, el problema no desaparece. Esta claro que no todos los incumplimientos contractuales dan lugar a la responsabilidad del deudor. Es aquí cuando se debe averiguar cuáles son los que sí producen esta consecuencia y cuáles están exentos de responsabilidad. Pues bien, el único modo de solucionarlo es estimar que, en principio, el deudor es responsable de su propio incumplimiento, sin apoyo en criterio previo alguno, salvo la noción de caso fortuito, ni pacto entre las partes. El cumplimiento de una obligación es un resultado, es un hecho como lo es el incumplimiento. Se cumple o no se cumple. Las conductas empleadas sólo tienen relevancia en orden a establecer la imputabilidad del incumplidor, su responsabilidad. Se puede cumplir lo prometido y haber seguido una conducta reprobable o ilícita que en nada afecte a la consideración de que el programa prestacional se ha alcanzado. Esta conducta o juicio de reproche no oscurecerá el hecho de que se ha cumplido lo pactado. Sin embargo, sería discutible si daría lugar a responsabilidad, porque aunque se haya alcanzado el fin previsto por las partes no se ha llevado a cabo con la diligencia exigible por el ordenamiento. Seguramente se trataría de una acción penalmente sancionada independientemente de la relación contractual existente entre las partes. Pero cuando se cumple mal, tarde o defectuosamente, no hay cumplimiento, no puede haber más que incumplimiento. Frente al incumplimiento del que se es, en principio, responsable, y a ésto se le llama "objetividad", al deudor sólo le cabe demostrar el acaecimiento de un suceso imprevisible o inevitable: el caso fortuito, que es la única excepción que se prevé en todos los sistemas para exonerar al deudor de su responsabilidad. Y es en este momento en el que surge, de nuevo, el problema de qué se debe entender por caso fortuito. Qué es lo que debe probar el deudor para exonerarse de su responsabilidad. La solución se encuentra, en este caso,

en hacer una lectura negativa de lo que se define como caso fortuito y todo lo que exceda de él será causa imputable al deudor y no le liberará de su obligación, o, si se quiere, *a contrario*, todo lo que entre en el concepto de fortuito, podrá alegarlo como causa liberatoria.

El problema al que se enfrenta cualquier tipo de regulación de la responsabilidad es al de distinguir o trazar las diferencias entre "culpa" como criterio de imputabilidad de la responsabilidad y "negligencia" como uno de los supuestos integradores de dicha culpa. Con esta opinión sólo se pretende llamar la atención sobre el error de considerar cierto el binomio culpa=negligencia que en alguna medida es correcto, puesto que la negligencia entra en el concepto de culpa, pero más grave el binomio diligencia=no culpa. Es esta afirmación la causante de los conflictos entre las diversas teorías.

Todos los sistemas de responsabilidad contractual tradicionalmente establecen, en línea de principio, tres criterios de imputabilidad subjetivos y dos objetivos todos ellos de aparición independiente en la vida de la relación obligatoria. A saber: el dolo, la culpa y el caso fortuito como criterios subjetivos ya que hacen referencia al sujeto activo de la obligación. Y la morosidad y la contravención de lo pactado como supuestos o fundamentos de responsabilidad objetivos que no necesariamente han de ir acompañados de los primeros aunque pueden hacerlo. Pues bien, es la culpa y no la negligencia el fundamento de la responsabilidad. Puesto que como ya se ha dicho no basta la prueba de la diligencia, se entienda como integradora o como promotora, para exonerarse de ella. El caso fortuito no aparece contemplado jamás entre los supuestos de imputabilidad porque es precisamente su existencia la única causa de exoneración y

no la diligencia.

Todavía se puede hacer otra lectura de las fuentes de responsabilidad por el incumplimiento contractual, que es la de pensar que el dolo y la culpa son los criterios de imputabilidad de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se causan por el incumplimiento y el retraso que son los fundamentos de tal obligación. Pero con esta afirmación no se quiere decir defender las mal llamadas doctrinas subjetivistas, sino que lo que se pretende es acercar la idea de que hay fundamentos de responsabilidad (incumplimiento y retraso) imputables (dolosos y culposos que poco tienen que ver con la diligencia prestada salvo que sea integradora de la propia obligación, porque habrá muchos otros culposos, todos los que no sean dolosos ni fortuítos) y no imputables (fortuítos) y que en consecuencia, todo lo que no sea imputable será fortuito y viceversa, dependiendo de la lectura que se le quiera dar, todo lo que sea imputable no será fortuito.

Ambos modos de regular la responsabilidad no se contradicen si se quiere aceptar esta interpretación. Ambos son igualmente "objetivos". El efecto favorable que, en mi opinión, tiene el ver las cosas desde esta perspectiva es el hecho de que se supera la idea de que no existe responsabilidad sin culpa. Idea peligrosa puesto que la consecuencia que de ella se deriva es que no solamente quedan sin indemnizar los daños causados por el incumplimiento, cosa que excepcionalmente no hay inconveniente en aceptar, sino que cualquier incumplimiento que no sea imputable porque no ha sido debido a culpa-diligencia, será considerado caso fortuito y extinguirá la obligación y ésta consecuencia sí que me parece que merece ser tomada en cuenta. Si se continúa

defendiendo que no hay responsabilidad sin culpa-diligencia, debiendo el acreedor probar la concurrencia de este elemento subjetivo o, a lo más invirtiendo la carga de la prueba, y que al deudor le baste probar la diligencia empleada, no solamente se declara la extinción de las obligaciones, sino que se propicia el incumplimiento de las mismas. Es más lógico, pensar que se establezca lo que se establezca sobre los grados de diligencia que se deben poner en el cumplimiento de las obligaciones (diligencia-modelo de conducta), ésta determinación al fin y al cabo está estableciendo ex lege o por convención de las partes el criterio de imputabilidad de la responsabilidad del deudor ante su incumplimiento. Por este motivo, solo cabe hablar de incumplimientos imputables y no imputables. Dentro del primer grupo se deben incluir separadamente los dolosos y los no dolosos, y en el segundo grupo, el caso fortuito. El problema de establecer los supuestos de incumplimientos no imputables o fortuitos se resuelve en estos dos sistemas de manera diferente. En los subjetivistas, como ya se ha dicho, haciendo una lectura negativa de la diligencia prometida, es decir, todo lo que no entre en las previsiones realizadas por las partes o por la ley al establecer su grado concreto de imputabilidad, será fortuito y exonerador de la responsabilidad. Y, en los objetivistas, realizando una lectura negativa del criterio que se haya dado del caso fortuito, es decir, todo supuesto de incumplimiento que no entre dentro del tipo de caso fortuito le será imputable al deudor.

Con este comentario, que se desarrollará más ampliamente en otros capítulos, lo único que se intenta poner de manifiesto es la confusión dogmática a la que la figura de la responsabilidad contractual se ha venido sometiendo. Desde antiguo, como se ha podido comprobar, el esquema trazado es uno. El incumplidor es responsable, en

principio, de su incumplimiento, lo que equivale a establecer un principio lleno de lógica jurídica. En general, al incumplidor le es imputable su incumplimiento. También desde antiguo se establecieron dos criterios de imputabilidad (no se incluye aquí el caso fortuito porque, por regla general, actúa más bien como un criterio de inimputabilidad): el dolo y la culpa (en sus diversos grados) con la única finalidad de determinar la cuantificación del daño. A los incumplimientos imputables dolosos se les agrava la indemnización de los daños. A todos los demás incumplimientos imputables, que son los "culposos" o, más bien, los no dolosos, se les da otra regla de determinación distinta, puesto que la conducta no es jurídicamente reprochable en sí misma. Merece la pena hacer hincapié en el hecho de que los sistemas germánicos, aunque recibieron el Derecho romano, conservaron en cierta medida sus raíces antiguas y, entre ellas, la consideración del incumplimiento como un hecho penalmente punible, un ilícito penal y, por tanto, es normal que se conceptúe como culpable, porque todo lo que no es culpable, en este sentido, es inimputable. Por ello, no es un concepto de culpa-diligencia el que se sigue en esta clase de ordenamientos, sino el de culpa-imputabilidad. A esto debe añadirse el dato fáctico de que en todos ellos aparece el caso fortuito como única causa de exoneración de responsabilidad (aquella "legítima necesidad" del Derecho germánico antiguo). La culpa, graduada en el Derecho romano justinianeo, según se aproximara o no al dolo o al caso, y sólo acogida por los germánicos estableciéndose un modelo concreto en los demás sistemas, sirve como criterio diferenciador entre el dolo y el fortuito. Todo incumplimiento no doloso y no fortuito será culposo, lo que no significa necesariamente negligente. Negligente sólo lo será si la obligación consistía en

prestar la llamada diligencia integradora (de la obligación). Lo que hoy se llamaría una obligación de medios. Pero, en todas las demás obligaciones, lo que no sea doloso ni fortuito igualmente será culposo, en el sentido de imputable, lo que no equivale a negligencia, sino a asunción, ex lege o convencionalmente, de esa responsabilidad, que hoy se denominaría "responsabilidad por riesgos", y que nada tiene que ver con la diligencia.

La existencia de teorías subjetivas u objetivas como tales sólo pueden defenderse en un sentido. Y éste no es precisamente de cara al concepto de incumplimiento, ni a la noción de responsabilidad en sí misma. Porque a nadie, hoy en día, y estudiados todos los antecedentes históricos y legislativos, le puede seguir surgiendo alguna duda cuando se hace la afirmación de que el incumplimiento es un dato fáctico y no jurídico, que como tal, debe, en principio, ser responsabilidad de su autor. Que el incumplidor sólo se liberará de tal responsabilidad si prueba que su incumplimiento fue debido a una causa absoluta y objetivamente extraña y ajena a él. Que fué un suceso imprevisible o inevitable. A nadie le puede seguir creando problemas el admitir este principio que aparece acogido en todos los Derechos de obligaciones, desde el Derecho romano clásico al Derecho anglosajón actual que usualmente se utiliza como ejemplo de ordenamiento distinto a los continentales. En todos ellos, el único tema que suscita la polémica entre doctrinas "subjetivistas" y "objetivistas" es lo que se debe entender por caso fortuito o, lo que es lo mismo, por imposibilidad sobrevenida no imputable, o por suceso imprevisible o inevitable. Es aquí donde aparecen los subjetivismos y objetivismos y no en las fases previas del juicio de responsabilidad. Y es normal que sea en este punto, porque de ello depende la responsabilidad de los deudores, para los que tienden, como

ya criticaba IHERING, al sensibilismo crediticio o a la subsistencia de la obligación, para los que son ajenos a este sentimiento. Aparecen en el momento en el que se debe determinar qué es ajeno al deber del deudor y qué no lo es. Los subjetivistas lo referirán siempre a la propia persona del deudor y los objetivistas a la obligación independientemente del sujeto al que vincula (a la prestación en sí y por sí misma considerada).

Estas ideas se desarrollarán y completarán a lo largo de todo este trabajo, según se vayan aportando datos y opiniones doctrinales a este respecto. Si hasta el momento se ha tratado de demostrar el sistema de daños y el sistema de riesgos, ambos activados desde el momento del incumplimiento obligacional (responsabilidad contractual), seguido hasta la época de la codificación, a continuación se llevará a cabo un estudio del Derecho de obligaciones acogido definitivamente por los países que recibieron el Derecho romano y por aquellos que se rigen por el *Common Law*.

CAPITULO SEGUNDO:

LA CONSTITUCION EN MORA DEL DEUDOR EN EL DERECHO CIVIL COMPARADO.

El auxilio de la comparación de nuestro sistema de incumplimiento contractual (entendiendo por incumplimiento tanto el definitivo como el temporal y el inexacto o defectuoso) y, por ende, de la responsabilidad del deudor con otros sistemas de nuestro entorno, sin duda, puede llevar a resultados útiles.

Los distintos sistemas económico-sociales presentan un constante desarrollo, que origina, que tanto los jueces como los juristas, deban tratar de dar solución a los nuevos problemas que van surgiendo coetánea o sucesivamente en todos los países. El exámen del modo en el que estos problemas han sido resueltos, aplicando normas de otros ordenamientos, ofrece una gran oportunidad para reflexionar, a la vez que sugiere ideas nuevas a los intérpretes, ya sea para prever el nacimiento de nuevas cuestiones, ya sea para explicar el modo de resolver las ya surgidas. Sin embargo, es necesario huir de la tentación de mirar las experiencias extranjeras como modelos a los que acudir automáticamente para resolver los problemas internos, rechazando la idea de que estos modelos representan nuestro futuro próximo. Cada ordenamiento posee sus propias características y, por tanto, sus normas y soluciones no son siempre susceptibles de ser trasladadas a los demás. Pero, sin duda, la comparación puede ampliar el campo de visión del intérprete, ofreciéndole nuevos instrumentos a utilizar, siempre después de haber comprobado su compatibilidad con las normas del Derecho nacional.

Por estos motivos, a mi juicio, el estudio de la constitución en mora del deudor en el Derecho civil español debe completarse mediante una comparación de los ordenamientos jurídicos que, por su afinidad o distancia con el nuestro, sean susceptibles

de contribuir al esclarecimiento de los problemas que este instituto plantea. Se han elegido, por motivos obvios y sin ánimo de exhaustividad, los sistemas francés, alemán e italiano. Además, del portugués, los latinoamericanos más representativos y el inglés.

Al analizar estas legislaciones se diferenciará, como se ha hecho en el capítulo anterior, el sistema de responsabilidad que trazan en torno a los riesgos de los fortuítos que puede originar la perpetuación o no de la obligación, y el sistema de responsabilidad que da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios. Como se sabe en este trabajo se defiende la autonomía de ambos efectos derivados del incumplimiento de las obligaciones. Se defiende, en definitiva, que una consecuencia a que puede dar lugar la inejecución de la obligación es la transmisión al deudor por parte del acreedor del riesgo del caso fortuito, cuando no se lo haya atribuido directamente la ley, y, en consecuencia, su obligación en caso de devenir imposible no se extinguirá, sino que deberá prestar la *aestimatio* correspondiente al valor de su prestación. Y que el otro efecto al que puede dar lugar el incumplimiento de la obligación es a la indemnización de los daños y perjuicios causados. Ambos efectos no son necesariamente concurrentes, puesto que siguen regímenes jurídicos distintos. El estudio del Derecho comparado contribuirá al esclarecimiento de esta teoría ratificándola o desechándola, atendiendo en todo momento a lo que se ha dicho anteriormente acerca de los peligros que entraña siempre la comparación y la asunción de sus problemas como propios.

Se comprobará, además, que todos los ordenamientos escogidos para este estudio comparativo por ser los más representativos, bien por la influencia que tuvieron en la codificación española, bien porque fueron ajenos a ella, contienen las mismas reglas o matizadas de responsabilidad contractual, de indemnización y de riesgos, que el nuestro y que si ello es así no es solamente por la recepción que hicieron la mayoría de ellos

del Derecho romano, sino porque están embuados de lógica jurídica y justicia material, lo que se comprueba en el hecho de que los ordenamientos llamados del *Common Law*, que son extraños al Derecho común, llevan a cabo una regulación muy semejante a éstos.

I.- LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS¹.

Es tradicional configurar este sistema de responsabilidad contractual como un sistema de corte culpabilista. No es extraño leer que fue la doctrina francesa quien consolidó la lectura de las normas sobre responsabilidad bajo la óptica del iusnaturalismo, es decir, bajo la máxima "ninguna responsabilidad sin culpa". Y esta opinión es fundada y razonable si se interpreta, como a continuación se hará, el art. 1147 del Code bajo esta óptica.

El artículo 1.136 del Código civil francés establece, como lo hará posteriormente el español, la obligación del deudor de conservar la cosa, cuando la obligación principal es de dar, deber que subsiste hasta que se realice su entrega. Pero, a diferencia del nuestro, sanciona el incumplimiento de esta obligación de custodia con la indemnización

¹ En esta parte del derecho comparado se han utilizado preferentemente por su tradicional importancia dogmática las obras de BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato di diritto civile delle obbligazioni*, vol. I, traducido por BONFANTE, PACCHIONI y SRAFFA, Milán, 1915, p.409; PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, vol. VII, Paris, 1954; CARBONNIER, *Droit civil*, vol. IV, *Les obligations*, Paris, 1985; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ, *Les obligations*, tome 2^a, *Le régime*, Paris, 1989; VON LINGENTHAL, *Manuale del Diritto civile francese*, vol. 2^a, traducido por BARASSI, Milán, 1907; LARROUMET, *Droit civil*, tome III, *Les obligations*, Paris; MARCADÉ, *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone*, 3^a ed. italiana sulla 6^a ed. di Parigi, vol. VI, Nápoles, 1875; PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^a ed., tome VII, Paris, 1952; SÉGUR, *La notion de faute contractuelle en droit civil français*, Burdeos, 1957; SALEILLES, *op. cit.*; WEILL-TERRÉ, *Droit civil*, *Les obligations*, J.G.D., 1986; VINEY, *Traité de droit civil*, sous la direction de GHESTIN, vol. IV, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, L.G.D.J., Paris, 1982; y vol. V., *Les obligations. La responsabilité: effets*, L.G.D.J., 1988; ANTONMATTEI, *Contribución a l'étude de la force majeure*, L.G.D.J., Paris, 1992 (obra que contiene una exposición clara de las decisiones jurisprudenciales más recientes); A.MONTEL, *Considérations sur la réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent (spécialement d'après le Code civil italien et le Projet franco-italien sur les obligations)* en *Revue de Droit civil*, 19332, p.1017 y ss.; G.SOUSI, *La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent*, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1982, p.514 y ss.; F.GALGANO, *La responsabilità per inadempimento contrattuale: il modello francese e i suoi sviluppi*, en *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F.Galgano, ed. Zanichelli, Bologna, 1992

de los daños y perjuicios, siempre y cuando el incumplimiento de esta obligación le sea imputable al deudor. El precepto habla de culpa en el incumplimiento. El 1.137 dispone que la obligación de vigilar la conservación de la cosa, bien tenga utilidad el contrato para una de las partes o bien la tenga para ambas, se concreta en el deber de usar la diligencia de un buen padre de familia. Con la inserción del modelo de diligencia que se debe emplear, el legislador francés pone punto final a las discusiones a las que había dado lugar la graduación de las culpas introducida por los glosadores.

Sin embargo, la inclusión de esta responsabilidad por negligencia en la custodia de la cosa objeto de la obligación, que se concreta en la indemnización de los daños y perjuicios, ha originado, desde antiguo, grandes discusiones en la doctrina francesa. Se cuestiona si lo que se está estableciendo es una responsabilidad general por culpa, entendida como la omisión de aquella diligencia debida, o bien que si ésta obligación de custodia es accesoria a la principal de entregar, y en consecuencia, es una regla especialmente prevista para éste tipo de obligación. Se pone de manifiesto la contradicción que existe entre esta norma y lo dispuesto en el artículo 1.147 que establece la obligación del deudor de indemnizar los daños causados por el incumplimiento o por el retraso siempre que no justifique que el incumplimiento proviene de una causa extraña que no le puede ser imputada, aunque no haya existido mala fe por su parte.

Los problemas que plantea esta contradicción entre ambas preceptos son principalmente dos. El primero es determinar si la responsabilidad contractual prevista de modo general en el Código civil francés es una responsabilidad por culpa, entendida en el sentido de que basta probar la diligencia empleada para exonerarse de los efectos típicos del incumplimiento o si es una responsabilidad por culpa entendida en su sentido de imputabilidad, es decir, que sólo se responde de aquellos incumplimientos que le sean imputables al deudor, bien por dolo, negligencia o cualquier otro riesgo del que deba responder. El segundo problema que deriva de la contradicción de las normas 1.137 y 1.147 lo plantea el último inciso del artículo 1.147 cuando hace referencia a la mala fe. Imputa la responsabilidad por el incumplimiento al deudor aunque no haya habido mala

fe por su parte. Se discute si la referencia a la mala fe es sinónimo de dolo, en cuyo caso se estaría estableciendo una obligada responsabilidad por culpa-diligencia o si más bien está queriendo establecer una responsabilidad objetiva, sin necesidad de hacer referencia a elemento subjetivo alguno.

En otro orden de cuestiones, hay que señalar que la obligación de custodia y conservación del artículo 1.137 hay que completarla con lo dispuesto en el 1.138, es decir, que la obligación de entregar la cosa es perfecta con el solo consentimiento de las partes contratantes. Esta hace al acreedor propietario y pone la cosa a su riesgo desde el momento en que le ha debido ser entregada, aunque la tradición no haya sido realizada, a menos que el deudor esté en mora de entregarla, en cuyo caso el riesgo continúa siendo suyo. Quizá sea el hecho de que los franceses no acogieron la necesidad de la *traditio* para entender transmitida la propiedad lo que hizo establecer la regla de la conservación, puesto que si *res perit domino* el acreedor, aunque no hubiera recibido la cosa, al ser su propietario correría a cargo de los fortuitos. Es sin duda, por razones de justicia material por la que se le impone al deudor de una obligación de dar cosa cierta la carga de su conservación hasta el momento que deba entregarla. Una vez llegado ese momento, si no se ha entregado el acreedor deberá constituir en mora al deudor para hacerle responsable de los fortuitos. Se evita de este modo la aplicación automática del artículo 1.148 y su consecuencia gravosa para el acreedor. En el fondo no es más que una ficción o presunción que tiende a evitar el problema que origina el entender que la propiedad se transfiere con el sólo consentimiento de las partes contratantes. Sea como fuere, esta regla del artículo 1.148 contribuirá más adelante a aclarar el sistema de riesgos ideado por el legislador francés, puesto que acoge el principio según el cual la cosa perece para su dueño, con la única excepción de la constitución en mora del deudor y de la doble obligación de transmitir establecida en el artículo 1.141, lo que significa que el sistema de riesgos español no se diferenciará mucho de su antecedente francés.

Retomando el conflicto de la responsabilidad por los daños y perjuicios hay que decir que las teorías que se han formulado para resolver la contradicción entre los

artículos 1.137 y 1.147 del código civil francés se pueden reducir a las siguientes:

En primer lugar estaría la formulada y seguida por JOSSERAND, LAROMBIÈRE, COLIN y CAPITANT, que estiman aplicable el artículo 1.137 únicamente a las obligaciones de dar que suponen un deber de conservación, mientras que para el resto de las obligaciones regiría el artículo 1.147. Es decir, el deudor de una obligación de dar se exonera de responsabilidad probando que puso toda la diligencia exigida en el cumplimiento de su obligación, mientras que el deudor de cualquier otro tipo de obligación (de hacer o de no hacer) únicamente se liberaría de ella probando que su incumplimiento fue debido a un caso fortuito. El problema de esta teoría, en mi opinión, radica en su propio fundamento, ya que no explica suficientemente la razón de establecer esta distinción de régimen de responsabilidad entre los distintos tipos de obligaciones. No alcanza a explicar el porqué de atribuir a toda obligación de dar, puesto que no diferencia si se trata de cosa determinada o genérica, el deber de custodia y conservación y por ende un contenido concreto de diligencia. Precisamente, por ser su objeto la entrega de una cosa, es decir, un resultado, no parece correcto decir que al deudor le baste probar la diligencia empleada para exonerarse de su responsabilidad, y lo que quizá sea más grave, liberarse de su obligación, puesto que ésta se extinguiría. El objeto de la obligación es un resultado que sólo se realizará con la entrega efectiva de la cosa en el estado en el que se adquirió. El deber de conservación es inherente o si se quiere accesorio a la propia obligación. No se puede calificar de cumplimiento contractual, en su concepto jurídico estricto, la entrega de una cosa que al no haberse conservado diligentemente no es la que se contrató, pero tampoco se cumple aun empleando toda la diligencia de un buen padre de familia si la cosa no se entrega. Todas las obligaciones, sean de dar, de hacer o de no hacer, de medios o de resultado han de cumplirse diligentemente. La diligencia se ha de estimar no sólo en relación al tiempo y lugar del cumplimiento, sino también al propio objeto de la prestación. La diligencia no ha de predicarse del mismo deudor que está obligado, porque entonces se trataría de valorar su esfuerzo personal, sino de aquella que la propia prestación requiere de cualquiera que se obligue a ella. La diligencia, en suma, está presente en toda la vida de la relación jurídica y el deudor no puede excusar su falta de cumplimiento, sea éste

del tipo que sea, en la aportación de su diligencia en el cumplir o de los esfuerzos que hizo para alcanzar lo prometido. Si ésto fuera así, el Derecho de obligaciones debería pasar a llamarse el Derecho de esfuerzos. Las obligaciones obligan. Vinculan. Y, cuando dos contratantes libre y voluntariamente consienten en celebrar un contrato están consintiendo en obligarse, en vincularse (art. 1254 del Código civil español, art.1.101 del francés, art. 1321 del italiano). Es por ello que deben prever en el momento de la celebración del contrato todas aquellas situaciones que pueden hacer peligrar sus perspectivas económicas y, también es por este motivo por el que en todos los ordenamientos, incluido el que ahora se estudia, sólo condena al incumplidor a aquello que ya habían previsto al tiempo de contratar. Todo lo que no haya sido dolo determinará, en principio, una misma indemnización. Es indiferente, que el incumplimiento se haya debido a negligencia, impericia, hecho de un tercero, o cualquier otro suceso. La única causa que permite a un contratante incumplidor desvincularse de su obligación y no tener que responder de lo que se había comprometido a hacer al celebrar el contrato es el acaecimiento de un suceso que aquellos al contratar no previeron o de los que habían previstos fueron inevitables o irresistibles de superar. Es decir, que no le sea imputable jurídicamente. Por todo ello, no se puede defender esta postura de la suficiencia de la prueba de la diligencia porque, y para completar las razones ya esgrimidas, se acabaría, en cierta medida, con la contratación privada.

La segunda teoría es la formulada, entre otros, por PLANIOL que afirma que el artículo 1.137 hace únicamente referencia a la determinación del contenido de la obligación y el 1.147 a la responsabilidad por los daños y perjuicios causados en caso de inexecución. Esta tesis, en mi opinión, merece ser tenida en cuenta puesto que diferencia claramente la culpa-diligencia como modelo de conducta en el cumplimiento de las obligaciones, conducta expresamente requerida para las de dar hasta que se realice la entrega, y la culpa-criterio de imputabilidad, que no necesariamente ha de referirse siempre a la diligencia, aunque ésta es parte de su contenido.

Introducida por DEMOGUE, estaría la teoría, y esta sería la tercera formulada, de que el artículo 1.147 sería la regla general para cualquier tipo de incumplimiento de

las obligaciones que se entendería derogado por el 1.137, regla especial, para las obligaciones llamadas de medios o de diligencia. Si bien las premisas de esta doctrina, a mi modo de ver, pueden ser correctas, en realidad esconden una contradicción. En las obligaciones de medios, aunque es cierto que su contenido consiste precisamente en un actuar diligente del deudor, no lo es menos que la única causa de exoneración que continúa teniendo el deudor es la prueba de un caso fortuito, puesto que lo que deberá probar es que aún empleando la diligencia que le era exigible acaeció un suceso imprevisible o inevitable, que se ha de valorar conforme al contenido de su obligación, es decir, a la diligencia que le era exigible objetivamente en el cumplimiento. La prueba hace referencia al fortuito valorado, como ocurre en los demás tipos de obligaciones, con referencia al contenido mismo de la obligación y no al sujeto obligado. Si se siguiera la distinción de régimen de responsabilidad entre obligaciones de medios y de resultados el problema, como de hecho ocurre en la realidad jurídica actual, por ejemplo en la responsabilidad de los médicos, abogados, etc., aparecería al tratar de averiguar si el deudor puso toda la diligencia exigible en alcanzar el fin perseguido y ésto lleva a la consecuencia ineludible de que se rompería la presunción de culpa-imputabilidad (que a mi modo de ver es más bien una responsabilidad objetiva y no se presume nada) porque se traslada al acreedor la carga de probar la conducta negligente del deudor, algo, por otro lado, harto complicado cuando se habla de una *lex artis*. La crítica de EISMEN¹, especial detractor de esta teoría, resume claramente lo que aquí se quiere decir: En los supuestos de obligaciones de diligencia la culpa se confunde con la inejecución de la obligación: el deudor se encuentra necesariamente en culpa si no ha empleado, por ejemplo, en la custodia de la cosa según los casos, la diligencia de un buen padre de familia o aquella que pone en la conservación de las propias. Aunque es cierto que ésto será así en la mayor parte de los casos, no lo es menos que la acción de una causa extraña o de fuerza mayor puede intervenir para explicar el porqué la diligencia prevista no ha podido ser empleada y exonerar al deudor: así, por ejemplo, cuando el médico se ha visto impedido por un accidente o una enfermedad, cuando el deudor de una obligación de conservación de la cosa se ha visto atacado por el enemigo, etc. El artículo 1.147 puede aplicarse igualmente y sin dificultad a las obligaciones de

¹ Vid, *L'obligation et la responsabilité contractuelle, Mélanges Ripert, vol.II, p.101.*

diligencia". MARTY y RAYNAUD apuntan la otra idea que en contra de esta teoría se ha formulado antes: "Decir que el deudor está en culpa por el solo hecho del incumplimiento a quien no ha encontrado justificación en la fuerza mayor es deformar la noción misma de culpa contractual. Indudablemente podemos decir que el hombre normal, prudente, diligente, honesto, el "buen padre de familia" reúne los rasgos del perfil de conducta requerido por la regla ya que la referencia para apreciar la culpa, es un hombre que necesariamente es fiel a sus compromisos contractuales y los cumple salvo por imposibilidad; la responsabilidad contractual vista de este modo puede entrar en la vasta provincia de la culpa. Pero esta visión utópica no refleja siempre la realidad en su amplia variedad de situaciones que, dependiendo del contrato concreto, existen entre acreedores y deudores. Como se ha puesto de manifiesto la oposición entre obligaciones de medios y de resultado no es suficiente para explicar la diversidad de reglas aplicadas, según el caso, a la responsabilidad del deudor".

Otra de las teorías que se han formulado, entre otros por EISMEN, CARBONNIER y TUNC, es aquella que defiende que en realidad no existe contradicción alguna entre estas dos reglas puesto que en ambas se establece que el único modo de liberarse de la responsabilidad es probando la ausencia de culpa o lo que es lo mismo la concurrencia de un caso fortuito, ya que es la única causa que excluye la culpa. No lo es, por tanto, la diligencia. El problema, como se puede apreciar, radica, una vez más, en determinar lo que es caso fortuito y lo que no, puesto que todo lo que no sea fortuito le será imputable al deudor, se quiera llamar culpa, se quiera llamar imputación. Además, opina esta doctrina, el obrar sin mala fe puede ser tanto negligentemente, imprudentemente, como de cualquier manera no dolosa que lleve aparejada la inejecución de la prestación. Un deudor, dicen, incurre en culpa siempre que no cumple con su obligación. Esta doctrina parece que es la que mejor acogida tiene entre los juristas franceses. Hablar de responsabilidad contractual equivale a decir que el deudor es responsable de la inejecución de su obligación siempre que no pruebe que se ha visto imposibilitado para cumplirla por una causa extraña. Todo lo que no sea fortuito será culpa. Además, no existe contradicción con el inciso final del art.1147 relativo a la mala fe porque un deudor puede incurrir en culpa-imputabilidad sin que

sea por ello mala fe. La mala fe, dicen los defensores de esta doctrina, consiste en el deseo o la conciencia de dañar, es el dolo, y al lado de la culpa-imputabilidad intencional existe la culpa por negligencia o por imprudencia¹.

En el código civil francés no se señala lo que se entiende por caso fortuito. El artículo 1.148 sólo establece que no está sujeto a ninguna indemnización de daños y perjuicios toda vez que por efecto de una fuerza mayor o de un caso fortuito, el deudor se ha visto impedido de dar o de hacer aquello a que se había obligado, o ha hecho aquello que no debía hacer. A partir de la redacción de este precepto los autores han defendido la diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor, mientras que la doctrina extranjera suele darles el mismo tratamiento. Se basan en el hecho no sólo de que aparecen ambos conceptos en el precepto, sino en que el artículo precedente, el 1.147, habla de una causa extraña al deudor. A partir de estos presupuestos la doctrina francesa ha elaborado su concepto de causa no imputable, diferenciando el caso fortuito de la fuerza mayor. Ésta última, dicen algunos, consiste en el hecho absolutamente extraño o ajeno a la persona del deudor, como lo sería un hecho de la naturaleza, el *factum principis*, o el hecho de un tercero. El caso fortuito, por el contrario, haría alusión a la propia persona del deudor, a su círculo empresarial, a la actividad que desarrolla, así como a su enfermedad y accidentes, a las averías, los incendios e inundaciones de su empresa o a la huelga de sus trabajadores. Esta diferencia, sin embargo no ha tenido mucho eco entre los autores por su escasa utilidad práctica, ya que es indiferente, salvo que se haga por un mero placer dogmático, que se trate de un caso fortuito o de una fuerza mayor porque las consecuencias jurídicas establecidas son las mismas. Además, se dice que si el artículo 1.147 habla de causa extraña y ésta sólo sería la fuerza mayor, se contradiría con el 1.148 que acepta ambas como causas exoneratorias. BAUDRY-LACANTINERIE pone de manifiesto que en el fondo el artículo 1.148 no es más que

¹ Cuando VINEY, *op.cit.*, p.16, hace un recorrido histórico sobre la responsabilidad en general, tanto la contractual como la extracontractual, en el derecho francés, pone de manifiesto la influencia que tuvo en la codificación tanto el cristianismo, el moralismo y la vocación universalista del Código de Napoleón y dice: "Sin duda, en materia contractual, el fundamento moral de la responsabilidad está menos netamente subrayado por la inserción del artículo 1.147 que impone la indemnización de daños y perjuicios por "la inexecución de la obligación" o por "el retraso en la ejecución" y no por la culpa. Pero no es menos cierto que los redactores del código fundaron la sanción de la fuerza obligatoria del contrato en el principio moral del respeto a la palabra dada.

una repetición inútil del anterior y que en el lenguaje legislativo caso fortuito y fuerza mayor son sinónimos que indican, tal y como se recibió del Derecho romano, un evento que no pudo preverse en el contrato o fuera de él, o que previsto no se pudo evitar. Cuando sea de difícil valoración apreciar si el suceso impositivo del cumplimiento entra o no en el concepto de caso fortuito –continúa este autor– debe dejarse al juez de mérito que aprecie los elementos de hecho y a la Corte Suprema su valoración jurídica.

Como se puede observar la solución de lo que se entiende por caso fortuito ha de dejarse a cada momento histórico y al caso concreto, puesto que los avances tecnológicos y la propia experiencia de los contratantes puede variar la respuesta. Pero en este punto tanto la jurisprudencia como la doctrina, teniendo en cuenta la realidad del tráfico, han ido elaborando una noción de caso fortuito que se forma a partir de los siguientes presupuestos¹: en primer lugar, el suceso que se invoque ha debido originar la imposibilidad absoluta de realizar la prestación y, en consecuencia, no basta la simple dificultad para llevar a cabo el cumplimiento como causa de exoneración de responsabilidad. La imposibilidad temporal no es causa de extinción de la obligación, aunque la excesiva onerosidad de la prestación en algunos casos concretos es apreciada por el ordenamiento jurídico (*théorie de l'imprévision*). En virtud de este mismo principio, de la imposibilidad absoluta de realizar la prestación, se niega la posibilidad de invocar fuerza mayor cuando se esté en presencia de obligaciones genéricas, que podrán, excepcionalmente, incluirse en el concepto de "excesiva onerosidad" y revisarse su contenido, pero en ningún caso se admite esta posibilidad en las obligaciones pecuniarias. El carácter de absoluto de la imposibilidad además hace referencia a su ajenidad a la persona del deudor. Debe poderse predicar de cualquier deudor en esa situación y no exclusivamente del obligado. Sólo se admite una imposibilidad en este sentido relativa cuando la prestación debida tenga el carácter de personalísima, de lo contrario, la jurisprudencia es severa. El segundo presupuesto requerido por la doctrina francesa para estimar la fuerza mayor es la imprevisibilidad del suceso, porque si lo hubieran previsto significaría que habían asumido el riesgo. En este punto, se quejan

¹ Vid., entre otras, todas las resoluciones judiciales que a éste propósito citan MARTY y RAYNAUD, *op.cit.*, p.695

incluso los autores de la severidad de los tribunales a la hora de estimar imprevisible un suceso, que exigen y pretenden –dicen– la previsibilidad de un hombre clarividente¹. En tercer lugar, el hecho obstativo del cumplimiento ha debido ser irresistible o inevitable, es decir, que si se habían previsto, el deudor debería haber tomado mediante un comportamiento adecuado, todas las precauciones tendentes a evitar el suceso o inmediatamente después de acaecido éste tomarlas para evitar sus consecuencias dañosas. La extraneidad o ajenidad del suceso no hace referencia tan solo a su efecto sobre la persona del deudor, sino también a su empresa. Será un hecho interno y por lo tanto no invocable como fuerza mayor el que afectando a cualquier sector de la actividad desarrollada impida el cumplimiento tempestivo o exacto de la obligación.

En cuanto a la determinación de los daños y perjuicios que está regulada en los artículos siguientes (1.149 a 1.155). se debe hacer un breve comentario, puesto que, entre otras cosas, regula de diferente manera los daños causados por el retraso en la ejecución de la obligación de los derivados de la incumplimiento definitivo o total. Esta diferencia de tratamiento hace aumentar mi convencimiento de que la constitución en mora del deudor y el retraso en el cumplimiento son dos conceptos jurídicos diferentes. Ante cualquier incumplimiento susceptible de ser purgado posteriormente mediante una correcta o exacta prestación el ordenamiento establece la posibilidad de derivar múltiples efectos, pero exclusivos de este tipo de incumplimiento prevé solamente uno: los intereses moratorios. La perpetuación de la obligación es predicable de todos ellos. Para que surja se requiere, en principio, una interpelación al deudor requiriéndole el cumplimiento. Ésta es el medio de fijar el momento del incumplimiento, del ilícito obligacional que hará surgir la responsabilidad. Antes, de nada se responde y nada se puede exigir. La constitución en mora del deudor, por consiguiente, es aquella situación en la que coloca el acreedor a su deudor incumplidor cuando pretende trasladarle los riesgos por los fortuitos y salvo que la propia ley o el convenio hayan establecido otra cosa.

Los intereses moratorios, como se ha dicho, son consecuencia directa del

¹ *Vid.*, MARTY y RAYNAUD, *op.cit.*, p.696.

otro tendrá la consideración de compensatorio o corresponsivo y seguirá el régimen trazado en el ordenamiento para ellos.

Pues bien, la regulación general para todo tipo de incumplimiento, y para el retraso de la obligación de indemnizar los daños aparece, como ya se ha puesto de manifiesto en el artículo 1.147 del código civil francés. El requisito para que nazca esta obligación es la imputabilidad del incumplimiento al deudor y la prueba del daño por parte del acreedor. Esta reparación es integral puesto que la constituye tanto el lucro cesante como el daño emergente (art. 1.149), si no fuera así, explican los autores, la indemnización no alcanzaría su finalidad que es la de situar al acreedor en la misma situación en la que se encontraría si obligación hubiera sido cumplida¹.

Ante el incumplimiento contractual, el Derecho francés rechaza parcialmente la

¹ En este punto merece llamar la atención sobre la incidencia de las llamadas *astreintes* o penas conminatorias al cumplimiento, que parte de la doctrina francesa tiende a conceptualizar como indemnización de los daños y perjuicios por el retraso, porque a raíz de su aplicación en el Derecho francés han sido adoptadas por algunos ordenamientos extranjeros. La práctica jurisprudencial y algunos autores, apoyándose en la dificultad de probar el perjuicio futuro en caso de retraso, estiman que los tribunales están facultados para establecer en el juicio en el que se ventile una demanda en la que se interponga la acción de cumplimiento un modo definitivo de indemnización de los daños que día a día vaya originando la continuidad del retraso por parte del demandado. Se trata, en resumen, de una forma especial de condena provisional o no y accesoria que pueden imponer los tribunales, para compeler indirectamente al cumplimiento de la obligación, mediante una prestación periódica, a veces progresiva, cuya entidad aumenta en función de la demora en el cumplimiento.

Las primeras manifestaciones jurisprudenciales que aplican esta figura, que es de construcción jurisprudencial datan de principios del siglo pasado y su fundamento se encuentra en la imposibilidad de hacer cumplir forzosamente, *manu militari*, su obligación al deudor. El problema que origina la aceptación de la *astreinte* en el Derecho de obligaciones radica en que significa presuponer la imputabilidad futura del deudor y la existencia de daños futuros. En el fondo significa permitir a los tribunales conminar a los deudores a cumplir su obligación, porque si no están previamente condenados a pagar una indemnización mucho mayor de la que legalmente se ha establecido en el Código. Carece por tanto de la naturaleza de indemnización o resarcimiento. El Tribunal está recurriendo al fijar la *astreinte* a un medio ejecutorio que no está previsto en la ley y que, en consecuencia, es claramente ilegal. Las consecuencias que pueden derivarse de esta condena conminatoria son que o bien, una vez cumplido o incumplido definitivamente el contrato, el Tribunal debe revisar el *quantum* indemnizatorio para ajustarlo a la realidad de los daños causados, en cuyo caso sería desconocer o hacer caso omiso de la autoridad de la cosa juzgada y, en consecuencia se arrogaría plena libertad para apreciar en qué medida debe la sentencia ser mantenida, o bien no revisa la condena ni el *previo quantum indemnizatorio* a la realidad de los daños causados, en cuyo caso se estaría ante una verdadera pena que violaría el principio más importante del Derecho penal: *nulla poena sine lege*. A ello contestan que el Tribunal debe motivar su decisión con la constatación de la culpa o imputabilidad y con la previsión y valoración de un daño futuro. Es decir, que posean desde ese momento los elementos de juicio necesario para anticipar el resarcimiento de los daños. La cuestión sigue siendo aún hoy en día debatida en la doctrina francesa, si bien la mayoría de los autores y la jurisprudencia tiende a negar la posibilidad de condenar a las *astreintes*.

ejecución forzosa de la obligación in natura porque el propio artículo 1.142 del Código de 1808 establece que el incumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer deberá resolverse en indemnización de daños y perjuicios, lo que significa que aplica fielmente la regla romana "*nemo potest praecisse cogi ad factum*" y seguramente por la imposibilidad material y moral de forzar al deudor a llevar a cabo la prestación, sobre todo si se trata de una obligación personalísima o de una de no hacer. Por ello, el interés lo ha suscitado entre los autores el estudio de la reparación por equivalente. Es clásica la división de los daños y perjuicios en compensatorios, que son aquellos, expresamente previstos para casos específicos, cuya finalidad es ser un factor de reequilibrio de las ventajas gozadas por el deudor pecuniario incluso independientemente de la efectiva detentación de una suma de dinero. El interés compensatorio se refiere a un crédito líquido pero todavía no exigible. Los moratorios cumplen la función de resarcimiento del daño causado al acreedor por el retraso en el cumplimiento de la obligación, en las obligaciones pecuniarias se refieren a un crédito líquido o ilíquido pero ya exigible. Los llamados intereses corresponsivos atienden a la finalidad de equilibrar la ventaja de la que ha gozado el deudor que ha detentado la suma dineraria, presupuestos para su surgimiento es que el crédito sea líquido y exigible. Algunos autores consideran artificial esta distinción porque entienden que cumplir retrasadamente, si existen daños, posee la misma trascendencia o significado que haber incumplido parcialmente.

Llegados a este punto es cuando inevitablemente en la doctrina francesa se introduce la figura de la constitución en mora y esto es así porque no solo incide en el sistema de riesgos contractuales, sino que juega un papel esencial en la propia indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

El artículo 1.146 del Código civil francés establece una regla especial para que surja la obligación de indemnizar los daños. Dispone que los daños y perjuicios se deben desde el momento en que el deudor está en mora en el cumplimiento de su obligación, salvo aquellos casos en que la cosa que el deudor se ha obligado a dar o a hacer no podía ser entregada o hecha más que en un plazo determinado que ha dejado pasar. En principio hay que poner en conexión esta norma con la prevista en el 1.139 sobre la

constitución en mora: El deudor se constituye en mora, ya sea por una intimación o un acto equivalente, ya sea por efecto del contrato cuando se pacte expresamente que sin necesidad de acto alguno y por el solo vencimiento de término fijado, el deudor estará en mora.

Esta última regla se encuentra entre aquellas que regulan los efectos de la obligación de dar, tal y como lo previó POTHIER en su Tratado de las obligaciones y después de aquella que acoge el principio *res perit domino* salvo en caso de que el deudor esté constituido en mora. Es consecuencia de esta atribución de riesgos de la pérdida fortuita de la cosa debida al propietario la razón por la que al admitir tan sólo dos excepciones al principio general (son dos, puesto que, acto seguido, establece la de la obligación de transmitir una misma cosa a dos personas) debe regular la constitución en mora. La constitución en mora, se comprueba, que continúa siendo el instrumento jurídico necesario para realizar el traspaso de riesgos.

Sin embargo, el artículo 1.146 se incluye en los referentes a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. La exigencia de una previa constitución en mora para que surja el Derecho en el acreedor a ser indemnizado de los daños que le haya podido causar el incumplimiento contractual radica en el problema de la fijación del incumplimiento. Esta regla sufre dos excepciones en el Código civil francés. La primera es la referente a las obligaciones negativas o de no hacer, cuyo incumplimiento genera automáticamente la indemnización de daños y perjuicios. No es posible hablar de mora en estos casos. La segunda es el pacto expreso de las partes¹. De ambas se puede deducir, como hacen los autores que lo que se está regulando en el artículo 1.146 son los intereses moratorios que se originan tras el retraso en el cumplimiento y no los compensatorios que tienen lugar por el uso o goce de la suma. Se dice² que son dos las razones esenciales que explican la exigencia de la constitución en mora. De una parte,

¹ Como se ve el Derecho francés niega la validez y efectividad de la máxima "*dies interpellat pro homine*" si no ha existido un previo acuerdo a este respecto entre los contratantes. Para las obligaciones a plazo hay que admitir, por consiguiente, que rige el principio general de la interpelación.

² Vid. WEILL y TERRÉ, *op.cit.*, p.442.

su utilidad puesto que preserva al deudor de demandas judiciales que puede evitar y, además, puede ocurrir que la obligación no sea en el momento en que se reclama todavía exigible. Por otro lado, asegura la falta de interés del acreedor en un posterior cumplimiento. Es conveniente que el deudor sepa si el acreedor persiste en su interés de obtener la prestación porque de este modo no podrá ya excusarse por no haber cumplido. Estas razones no son convincentes para apoyar la necesidad de una previa constitución en mora con la finalidad de obtener la indemnización de daños y perjuicios, lo son para averiguar el porqué de una interpelación, como acto de exigencia efectiva de la deuda que hace surgir todos los efectos de la responsabilidad por incumplimiento, entre ellos está la indemnización y la traslación de los riesgos. No es la constitución en mora lo que es necesario para permitir una indemnización, sino el incumplimiento, cuya fijación no siempre es fácil. El problema al que se enfrenta esta teoría es el de fijar el momento en el que deben ser estimados los daños. Si debe ser desde el momento en que el contrato debió ser cumplido o la fecha en que efectivamente se condena a la indemnización. Para resolverlo la doctrina estima que no se debe confundir el daño sufrido con su valor. Es decir, se debe tomar en consideración el daño sufrido en el momento de la inejecución de la obligación, pero el valor de éste debe determinarse en el momento de dictar sentencia, puesto que en aplicación del principio de la reparación integral, el juez debe tener todos los elementos de juicio necesarios para determinar las variaciones que el daño haya podido sufrir desde el día del incumplimiento hasta el momento de dictar sentencia. La condena efectiva lleva consigo el devengo de intereses legales, salvo que el juez haya dispuesto otra cosa¹.

En lo que se refiere a los intereses moratorios, el artículo 1.146, exige la previa constitución en mora por parte del acreedor que los reclama. En origen se exigió interpelación judicial, pero la Ley de 7 de abril de 1900 la limitó tanto para las obligaciones pecuniarias como para el resto de las obligaciones a cualquier tipo de

¹ La tasa de los intereses legales, según la Ley nº.75-619 de 11 de julio de 1985, la establece el Banco de Francia. además eleva la tasa prevista en cinco puntos desde el momento en que el deudor se retrase dos meses a contar desde el día en que la decisión judicial devino ejecutoria. En el caso de que la condena fuera hecha por una sentencia ejecutoria, la tasa del interés legal de aumenta en un cincuenta por ciento desde el momento en que hayan transcurrido dos meses sin haberla cumplido.

intimación. Los intereses moratorios son los originados incumplimiento y se exige la constitución en mora por la misma razón que en cualquier otro tipo de obligación en la que la concreción del momento del incumplimiento sea difícil.

En realidad, los intereses moratorios plantean problemas, como en lo demás ordenamientos, en su aplicación a las obligaciones pecuniarias. Esto es así por la dificultad que supone determinar y probar los daños que el retraso en entregar una suma de dinero ha podido irrogar al acreedor. El artículo 1.153 del Código civil francés establece que cuando la obligación sea de pagar una cierta suma, los daños y perjuicios resultantes del retraso en el cumplimiento sólo consistirán en la condena a los intereses legales. En el siguiente párrafo dispensa al acreedor de la prueba del daño y acto seguido le exige el previo requerimiento de pago al deudor. Pero, además, y esto es importante para apreciar la naturaleza de los intereses moratorios y, en su último apartado otorga al acreedor al que su deudor retrasado haya causado, de mala fe, un perjuicio independiente del retraso, la posibilidad de obtener la indemnización los daños y perjuicios distintos de los moratorios del crédito¹.

Son dos los problemas que todavía hoy suscita esta regulación de los intereses moratorios, reformada por Ley de 7 de abril de 1900, a saber: cuando requiere la mala fe por parte del deudor ¿a qué criterio de imputación está haciendo referencia? y la noción de perjuicio independiente de ese retraso. Está comunmente aceptado por la mayoría de la Jurisprudencia y de la doctrina francesa que el término mala fe no ha de equivaler necesariamente a dolo, sino que basta con tener conciencia de estar perjudicando de alguna manera al acreedor e igualmente que los daños independientes del retraso deben ser considerados caso por caso.

Hasta aquí se ha trazado, en líneas muy generales, el sistema de daños

¹ Ya DOMAT, *Les loix civiles.*, op. cit., p.377, diferenciaba lo que eran intereses de lo que eran daños y perjuicios. Los intereses se deben cuando la obligación consiste en una suma de dinero y ésta se ha incumplido. El hecho de que sea la ley quien establezca la tasa de la indemnización se debe a juicio de este autor a dos motivos principalmente: el daño por el retraso en el pago, se trate del deudor que se trate es siempre uniforme, es el mismo y, en consecuencia, se debe aplicar siempre a todos estos supuestos una misma tasa de valoración del daño.

establecido por el legislador francés. Ahora se debe pasar al sistema de riesgos en donde la constitución en mora realiza un papel principal. Como se ha repetido ya en innumerables ocasiones, para lograr el efecto, de la traslación al deudor de todos los riesgos, el acreedor debe cumplir con el requisito de la interpelación, a esto se le llama ("constitución en mora").

Sobre los riesgos, la mayoría de los autores franceses confluyen en una teoría. Esta surge del planteamiento de un problema, del que aquí ya se ha dado muestra de preocupación. Es el principio legalmente reconocido de que ante la imposibilidad de realizar la prestación prometida por una causa fortuita, ésta obligación se extingue (art.1302 del Código civil francés). La regla no es muy complicada, a juicio de los autores cuando el contrato es unilateral, puesto que el deudor se libera del caso fortuito y el contrato queda extinguido. Es en los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas cuando resulta más complicado, puesto que una aplicación estricta de la regla liberaría de su obligación al contratante que se ha visto fortuitamente imposibilitado de cumplir, mientras que al otro se le exigiría el exacto cumplimiento, aunque no pueda obtener ya contraprestación alguna. Ante esta solución injusta, los autores han entendido que, teniendo en cuenta el sinalagma funcional y la causa del contrato, cuando una las prestaciones ha devenido fortuitamente imposible, la otra carece de causa y por consiguiente han de entenderse extinguidas ambas (*res perit debitori*). Pero está claro que deberá probarse la existencia de un caso fortuito para que se pueda hablar de imposibilidad no imputable y de extinción de la obligación.

El artículo 1.138 del Código civil francés, como se ha dicho, acoge parcialmente la máxima "*res perit domino*". La propiedad se entiende transmitida desde que hay acuerdo de las partes contratantes, aunque no haya habido *traditio*, y sin embargo no es desde ese momento desde el que se entiende trasladados los riesgos, sino tal y como dice el precepto desde que debió recibir la cosa. Mientras, son del deudor aunque la propiedad la haya transmitido. Llegado el término de exigibilidad de la prestación los riesgos son de su propietario salvo que el deudor esté constituido en mora. Según el artículo 1.302, párrafo 2º, si el deudor está en mora son de su cuenta todos los casos

fortuítos, salvo que pruebe que la cosa se hubiera perdido igualmente de habérsela entregado a tiempo y haber estado en poder del acreedor.

Los deudores que no hayan sido constituídos en mora y en cuyo poder se haya perdido la cosa habrán de probar que ocurrió fortuítamente, puesto que este precepto establece que sólo se liberarán si la pérdida sucedió sin su culpa, lo que no quiere decir que le basta la prueba de la diligencia, puesto que en su tercer párrafo exige la prueba del caso fortuito que alegue. Esto a su vez ratifica lo que se dijo al principio de este tema sobre la "objetivación" de la responsabilidad, tanto por daños como por riesgos, y que una cosa es el modo en que debe cuidar el deudor la cosa que debe entregar y otra es lo que deberá probar para exonerarse de su responsabilidad.

La constitución en mora del deudor vuelve a ser necesaria para el traslado de los riesgos a partir de la cual éste no podrá exonerarse de su obligación más que probando que de haber entregado la cosa a su debido tiempo se hubiera perdido igualmente estando en poder del acreedor. A mi juicio, esta prueba, más que facilitarle al deudor su liberación se la dificulta, puesto que no se trata únicamente de probar la concurrencia del mismo caso fortuito que afecta también al acreedor, sino que éste último hubiera tenido la cosa en su poder en aquel momento. No se dice nada en el Código acerca de las obligaciones de hacer o de no hacer, pero los autores se inclinan mayoritariamente a extender esta doctrina de los riesgos por la pérdida fortuita de la cosa debida a esta clase de obligaciones, y aplicarla a las imposibilidades sobrevenidas de realizar la prestación, ya que si no se hiciera así, se vaciaría de contenido el efecto de la *perpetuatio obligationis*. La perpetuación de la obligación supone, como se dijo más arriba, que el deudor continúa obligado a realizar la prestación, pero al haber devenido imposible fortuítamente, lo estará a la entrega de la aestimatio o valor de la cosa o servicio debido independientemente de los daños y perjuicios causados, que en éste caso no podrán serle exonerados puesto que responde del caso fortuito.

El acto de constitución en mora del deudor, con la finalidad de lograr estos dos efectos explicados, se lleva a cabo en línea de principio mediante interpelación o acto

equivalente del acreedor. Así lo dispone el artículo 1.139 del Código civil francés, que únicamente dispensa de este requisito si las partes lo han pactado expresamente. Se niega, por tanto, el valor absoluto de la máxima "*dies interpellat pro homine*". Según la mayoría de los autores franceses, el término convencional sólo indica el momento en que la obligación deviene exigible y el deudor comienza a estar obligado a cumplir. Una intimación hecha antes de tiempo carece de eficacia, puesto que nada es exigible. En consecuencia, salvo pacto en contrario, el acreedor que quiera situar al deudor retrasado en la especial situación que se deriva del acto de constitución en mora, deberá interpellarle.

El contenido de la interpelación ha de ser el requerimiento al cumplimiento de lo pactado y la forma de llevarla a cabo es libre siempre y cuando se pueda, en caso de litigio, probar que se hizo. Los usos comerciales han llevado a la jurisprudencia civil a admitir cualquier clase de interpelación siempre que sea suficientemente clara la intención del acreedor de obtener la prestación¹.

Aunque nada dice el precepto de aquellos casos en que no es necesaria la interpelación para entender constituido en mora al deudor, los autores y la jurisprudencia unánimemente suelen apuntar los siguientes casos:

En primer lugar, no es necesario el acto de constitución en mora en las obligaciones negativas o de no hacer. El artículo 1.145 del Código civil francés dispone que el incumplimiento de esta obligación se resuelve en la indemnización de daños y perjuicios. Aunque algunos entienden que el deudor está automáticamente incurso en mora, otros opinan que se trata de un incumplimiento definitivo o absoluto y que en consecuencia el instituto de la mora nada tiene que hacer en este supuesto. A mi juicio, y se tratará más tarde, la solución al problema de la mora en las obligaciones negativas se encuentra en la propia naturaleza de la relación obligatoria. Si la obligación es de cumplimiento instantáneo la contravención de la obligación da lugar a un

¹ Vid., entre otros, en WEILL y TERRÉ, *op.cit.*, p.443, notas 293 a 298, la Jurisprudencia citada y comentada a este respecto.

incumplimiento absoluto y, por tanto, no cabe hablar de *mora debendi*. Si, por el contrario, es de tracto sucesivo o duradera en el tiempo (no hacer competencia), ha de considerarse la obligación divisible y el incumplimiento parcial (el hecho de la contravención en este caso continúa siendo un incumplimiento definitivo), que da lugar a la indemnización de daños y perjuicios y no a la *mora debendi*.

En segundo lugar, se exonera al acreedor del acto de constitución en mora en aquellos supuestos en que, de acuerdo con el artículo 1.146, la cosa que el deudor se había obligado a dar o a hacer no podía ser entregada o hecha más que en un cierto período de tiempo que ha dejado pasar. Este caso no puede ser entendido como un supuesto de mora automática porque se trata del establecimiento de un término esencial que, da lugar al incumplimiento definitivo, puesto que aunque sea susceptible de realizarse la prestación tardíamente, se pactó un término de utilidad para el acreedor de la prestación. En este trabajo se defiende la idea contraria.

En tercer lugar, colocan los autores el caso de que el acreedor haya hecho, por su culpa, imposible la ejecución de la obligación. Se dice que el deudor está en mora con la finalidad de que no se extinga su obligación y que el acreedor pueda llevar a cabo la resolución del contrato. En realidad, se trata de un supuesto de incumplimiento definitivo porque no se trata de un caso fortuito, que extinga la obligación, sino de una causa imputable al deudor. La concurrencia de culpa del deudor en la imposibilidad sobrevenida excluye el caso fortuito y, por consiguiente, éste le será imputable al deudor. En este caso hay perpetuación de la obligación, pero no es un caso estricto de "constitución en mora del deudor". Al deudor que pierde o deteriora el objeto de la prestación culposamente se le hace responsable de esta imputabilidad.

A continuación se coloca el supuesto, ya tratado más arriba, del pacto expreso de las partes de que el sólo vencimiento del plazo fijado constituya en mora al acreedor sin necesidad de acto alguno de intimación por el acreedor.

Y en último lugar, el caso de que la propia ley establezca la mora automática del

Y en último lugar, el caso de que la propia ley establezca la mora automática del deudor. Así lo hace el Código civil francés respecto de los tutores (art.474.1º), los ladrones (art.1.302.4º), el pago de la dote (art.1.440) o el mandato (art.2.001).

En cuanto a las obligaciones recíprocas, la doctrina establece como requisito añadido al de la interpelación, cuando ésta sea necesaria, el del previo cumplimiento del acreedor que pretenda constituir en mora a su deudor. Esta exigencia se explica por la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, mientras tanto los riesgos de la pérdida seguirán el régimen trazado en los artículos 1.138 y 1.302 y siguientes del Código civil. El sistema de constitución en mora acepta el principio de que no incurre en mora el deudor que tenga a su favor una excepción y la ejercite. No se puede atribuir a la excepción de incumplimiento contractual su origen en el Derecho romano, porque está demostrado que surge en el Derecho intermedio tardío a raíz de la *exceptio doli* romana: *non servanti fidem non est fides servanda*. No aparece pronunciado como principio general en ninguna sección del Código civil francés, pero desde DOMAT y POTHIER, que lo recogen para el contrato de compraventa, está generalmente admitida para cualquier tipo de contrato sinalagmático¹.

II.- LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942.

La figura de la constitución en mora del deudor ha sido objeto de extensos debates en la doctrina civilista italiana. La razón estriba, como ponen de manifiesto todos los autores que se han dedicado a profundizar sobre el tema, en la necesidad de aclarar el funcionamiento de este instituto porque no sólo afecta a uno de los efectos de la responsabilidad contractual del deudor por incumplimiento, el de la indemnización de los daños y perjuicios, sino también al de la atribución de los riesgos por imposibilidad

¹ Vid., DOMAT, *Loix civiles*, Libro I, tit.I, sec.3, nº.2; POTHIER, *De la vente*, nº.279 y 327.

¹ Son muchísimos los autores italianos que han estudiado profundamente la constitución en mora del deudor, sin embargo, en este trabajo se tomarán en consideración principalmente los trabajos de VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Milán, 1987; *La responsabilità contrattuale*, Nápoles, 1979; *Riflessioni sugli scritti di G. Osti*, en *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1971, p.213 y ss; TRIMARCHI, *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie*, Milán, 1983; *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milán 1961; *Istituzioni di Diritto privato*, Milán, 1991; *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, en *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1970, p.512 y ss; SCONAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, *Novissimo Digesto italiano*, vol.XVI, 1957, p.5 y ss; *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, vol.XV, 1957, p.670 y ss; RAVAZZONI, *La costituzione in mora del debitore*, Milán, 1957; RESCIGNO, *Obbligazioni*, *Enciclopedia del Diritto*, vol.XXIX, Milán, 1979, p. 133b y ss; PERLINGIERI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, en *Commentario del Codice italiano a cura de Scialoja e Branca*, Bologna, 1975, p. 441 y ss; NATOLI y BIGLIAZZI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán, 1975; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milán, 1964; NANNI, *La buona fede contrattuale. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padua, 1988; NAPOLETANO, *La svalutazione monetaria e le obbligazioni pecuniarie*, en *iv.dir.comm.*, 1949, I, p.316 y ss.; MAGAZZU, *Mora del debitore en Enciclopedia del Diritto*, vol.LXXVI, p.933 y ss; MONTEL, *La mora del debitore*, ed. Cedam, Padua, 1930; Id., *Deudas de dinero y mora debitoris*, en *Problemi di vario diritto*, ed. Giappichelli, Turín 193, p.24 y ss.; Id., *Considérations sur la réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent (spécialement d'après le Code civil italien et le Projet franco-italien sur les obligations)*, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1932, p.1017 y ss.; MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Nápoles, 1978; DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol.LXXIX, Milán, 1979, p.222 y ss; MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol.LXXIX, Milán 1988, p.1.072 y ss; *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, en *Riv.dir.comm.*, 1954, I, p.185 y ss.; MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta*, en *Enciclopedia del diritto*, vol.LXX, Milán, 1970, p.405 y ss; LIBERTINI, *Interessi*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol.LXXII, Milán, 1972, p.95 y ss; F. GALGANO, *La responsabilità contrattuale*, en *Contratto e Impresa*, 1989, I, p.32 y ss.; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milán, 1974; Id., *Lezioni di Diritto civile*, Milán, 1956; Id., *La "parte generale" delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*, en *Contratto e Impresa*, mayo-agosto, 1993, p.482 y ss.; GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. II, Madrid, 1928; GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la "sopravvenienza"*, Padua, 1941; FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padua, 1988; Id. *Il libro delle obbligazioni e dei contratti*, en *Riv.trim.dir.proc.civ.*, septiembre 1993, p.861 y ss.; F.FERRARI, *Previdibilità del danno e "contemplation rule"* en *Contratto e Impresa*, mayo-agosto, 1993, p.760 y ss.; L.DEVOTO, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, padua, 1943; DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol.LXVI, p. 125 y ss; COVIELLO, *L'obbligazione negativa (contributo alla teoria delle obbligazioni)*, Nápoles, 1931; CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milán, 1964; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milán, 1955; CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (le regole della responsabilità contrattuale da Pothier al Codice civile italiano del 1942)*, en *Riv.trim.proc.civ.*, 1981, p.993 y ss; BLANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en *Commentario del Codice civile Scialoja y Branca*, Roma, 1979; BIGLIAZZI, *Mora del creditore*, *Enciclopedia Giuridica*, vol.LXX, Roma, 1990; BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milán, 1968; BIGLIAZZI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Il sistema giuridico italiano. Diritto civile 1.** (fatti e atti giuridici); Diritto civile 3. Obbligazioni e contratti*, Turín, 1986; BRANCA, *Istituzioni di Diritto privato*, Bologna; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milán, 1968; BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milán, 1964; BETTI, *Cours de droit civil comparé des obligations*, Milán, 1958; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán, 1969; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol.III, *L'attuazione*, Milán, 1964; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol.II, 1, Padua, 1990; OSTI, *La revisione critica della teoria sulla responsabilità della prestazione*, en *Riv.dir.civ.*, 1918, p.209 y ss; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie (art.1277-1284) en el Commentario del Codice civile a cura di Scialoja y Branca*, Bologna, 1963; id. *Comentario bibliográfico a la obra de U.NAPOLITANO, La svalutazione monetaria e le obbligazioni pecuniarie*, en *Riv.trim.Dir.proc.civ.*, 1950, p.210 y ss.; GALPA, *Rischio contrattuale*, en *Contratto e Impresa*, 2, 1986, p.619 y ss.; G.ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, ed.Cedam, Padua, 1937.; F.COSENTINO, *Inadempimento del debitore, tutela penale del credito e (negata)libertà di violazione dei diritti relativa*, en comentario a la sentencia de la Corte

La actual doctrina italiana, en su mayoría, acoge una teoría "objetiva" de la responsabilidad contractual en el sentido que en este trabajo se defiende. El incumplimiento, por decirlo de algún modo, es una cuestión de hecho y la responsabilidad que de él se deriva una cuestión jurídica. El verdadero problema aparece en los límites a esta responsabilidad, puesto que, se la denomine como se la denomine, culposa u objetiva, lo que es una cuestión indiscutible es que el deudor responde de su incumplimiento salvo en algunos supuestos. El Código civil francés, como se ha visto, establece que el deudor responde por culpa, entendida ésta en su significado de imputabilidad y no en el de negligencia y también que sólo se exonera, cuando no se establezca otra cosa, mediante la prueba de la fuerza mayor. Los italianos, por su parte, estiman que el deudor responde siempre que no pruebe que su incumplimiento (incluido el retrasado) fue debido a una causa que no se le puede imputar (artículo 1.218 del actual Código civil de 1942). El problema, como se ve, continúa siendo, una vez más, establecer los límites a esta responsabilidad. Los franceses realizan esta delimitación a través de una lectura negativa de la culpa-imputabilidad, es decir, todo lo que no es imputable o culpable, es inimputable, y los italianos, siguiendo la teoría de OSTI, la delimitarán mediante una lectura negativa del caso fortuito, es decir, todo lo que no entre en el concepto que se elabore de caso fortuito será imputable al deudor. Aun así, y después de la reforma de 1942, algún sector doctrinal, ha continuado insistiendo en elaborar una responsabilidad por incumplimiento basada en la culpa-negligencia¹. Pero, en realidad, como se demostrará más adelante, cualquiera que sea el método utilizado para trazar las fronteras de la imputabilidad no varían los resultados. Ambos sistemas

costituzionale de 22 de junio de 1992, n.291, en, *Il Foro Italiano*, 2, 1993, p.346.; G.CECCHERINI, *Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica*, en *Contratto e impresa*, 1991, 2, p.783 y ss.; B. INZITARI, *Sentenze d'un anno. Obbligazioni*, en *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1993, p.1177 y ss.; *Id.*, *Interessi*, estratto dal *Digesto*, vol.IX, ed.Utet, Turin, 1993, p.3 y ss.; G. SANTORO, *La responsabilità contrattuale: il dibattito teorico*, en *Contratto e Impresa*, 1989, 1, p.1 y ss.; *Id.*, *La responsabilità contrattuale*, en *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, n.17, collana diretta da F.Galgano, ed. Cedam, Padua, 1992.; E.VALSECCHI, *Sulla illiceità del ritardo nell'adempimento*, en *Riv.dir.comm.*, 1963, I, p.243 y ss.; *Id.*, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, commentario alla sentenza della Corte dei Cassazione 10 gennaio 1963, n.30, en *Riv.dir.comm.*, 1964, II, p.281 y ss.; G. VALCAVI, *Il problema degli interessi monetari nel risarcimento del danno*, ed. Giuffe (art.1277-1284) en el *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna, 1963.

¹ Entre otros, GIORGIANNI, *op.cit.*; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milán, 1948; BIANCA, *op.cit.*; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milán, 1953; NATOLI, *op.cit.*; BESSONE, *op.cit.*

llegan a las mismas conclusiones. El sector doctrinal "culpabilista italiano" cae en los mismo errores que el francés.

El primer Código civil italiano, de 1865, era, en esta materia, una copia exacta del *code civil* francés de 1808. El artículo 1.225 establecía, como lo hace el 1.137 francés, la responsabilidad del deudor siempre que no pruebe que el incumplimiento o el retraso se ha originado por una causa extraña que no le es imputable, aunque no haya habido mala fe por su parte. El 1.226 disponía, al igual que el 1.148 francés, que el deudor no responde de los daños cuando como consecuencia de un caso fortuito o una fuerza mayor, se vió impedido de dar o de hacer aquello a lo que se había obligado o hizo lo que le estaba prohibido. Además, regulaba en los mismo términos la pérdida de la cosa debida como uno de los modos de extinción de las obligaciones y establecía el modelo de diligencia exigida en el cumplimiento de todas las obligaciones en la figura del buen padre de familia.

Fueron precisamente las discusiones doctrinales en torno a la interpretación de estos artículos la causa de que se vieran nuevamente redactados en la reforma del Código civil italiano de 1942¹. La polémica la suscitaba, sobre todo, la noción del caso fortuito como único límite a la responsabilidad contractual, pero, en el fondo, ningún autor dudaba de que el incumplimiento es un hecho objetivo y de que la responsabilidad del deudor también lo es. Las discusiones se centraban en admitir o no la certeza del tradicional binomio *casus=non culpa*. La línea doctrinal denominada "subjetivista", integrada entre otros por COVIELLO, BARASSI, CHIRONI, y GIORGI, identificaba el caso fortuito con la ausencia de culpa en el deudor. El deudor responde —dicen— en la medida de la diligencia a emplear en el cumplimiento de su obligación, medida

¹ Las discusiones doctrinales acerca de la noción subjetiva y objetiva de causa imputable están detalladamente recogidas y comentadas con rigor por G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Nápoles, 1979. También SANTORO, *op.cit.*, realiza un estudio detallado y profundo de cada una de las teorías formuladas en Italia a partir de la reforma del Código civil de 1942 y la aplicación que hace de cada una de ellas la jurisprudencia de la Corte de Casación. Se puede afirmar, como pone de manifiesto este autor, que "envuelta en la interpretación de conceptos antiguos, de siglos, ("culpa", "imposibilidad", "caso fortuito", "fuerza mayor"), la jurisprudencia no ha delineado algún signo evidente de progreso, sino que más bien los enunciados formales aparecen amenudo voluntariamente estudiados para rebatir las mismas afirmaciones de siempre".

establecida por el legislador en la propia de un buen padre de familia (art.1.224 del Código de 1865), y se exonera de su responsabilidad si prueba el acaecimiento de un caso fortuito que le ha impedido hacer aquello a lo que estaba obligado. El caso fortuito era entendido como aquel evento superior a la diligencia del buen padre de familia, es decir, aquel que ha sido inevitable o imprevisible a pesar de haber empleado la diligencia exigible en preverlo y evitarlo. La mayor crítica que suscitaba esta teoría era su falta de aplicación del mismo artículo 1.225 cuando exige que sea una causa extraña no imputable, puesto que si se aprecia el caso fortuito refiriéndolo únicamente a la persona y diligencia del deudor, esta causa deja de ser "extraña", ya que el criterio de diligencia tomado en consideración es subjetivo. El modo de paliar esta contradicción, entre la teoría que habían elaborado y la letra de la ley, fué estimar que el término "extraña" que estaba referido a la causa de la imposibilidad no era más que una repetición inútil de "no imputable" y que, en cualquier caso, no hacía alusión tan sólo a aquellos sucesos ajenos a la esfera del deudor, sino también a todos los que fueran ajenos a la su voluntad. VISINTINI, que ha estudiado rigurosamente todas las teorías formuladas sobre la imposibilidad no imputable, pone de manifiesto un dato que, a mi juicio es importante. "En sede de responsabilidad contractual se encuentra, en todos los autores de la concepción subjetiva del fortuito, la afirmación común de que esta responsabilidad se funda en la culpa. Sin embargo, en este punto conviene llevar a cabo una distinción porque no todos los autores llevan esta afirmación a lógicas consecuencias prácticas. ¿Qué significa decir que la responsabilidad se funda en la culpa?, se pregunta esta civilista. Debería significar –contesta– que el deudor incumplidor se libera de su responsabilidad probando que no ha incurrido en culpa alguna, es decir que ha sido diligente. Contrariamente a ésto, se encuentra que la mayor parte de los autores que afirman este principio conducen su teoría a través del concepto de caso fortuito, en relación con la imposibilidad de la prestación, como causa de extinción de las obligaciones. Y parece claro que éste es un discurso no ya sobre el límite a la responsabilidad debitoria, sino sobre una causa de extinción de la obligación consistente en la imposibilidad de cumplimiento, debida a una causa no imputable al deudor (caso fortuito en sentido subjetivo). En otras palabras, la concepción del fortuito como equivalente a la ausencia de culpa, nace en la doctrina como requisito subjetivo de la

imposibilidad de la prestación con miras a la eficacia liberatoria del deudor. Es en este esquema en el que nace la distinción entre la imposibilidad objetiva y la subjetiva y se busca el criterio para individualizar entre las variadas especies de imposibilidades derivadas del caso fortuito, aquella que se puede estimar efectiva y, en consecuencia, liberatoria para el deudor¹. A mi juicio, no le falta razón a esta autora, aunque se puede añadir que estos autores no sólo cambian de criterio dependiendo de que se hable de responsabilidad contractual o de extinción de las obligaciones, sino que es notorio que la mayor parte de los civilistas que se llaman "subjetivistas" construyen su teoría recurriendo al concepto de caso fortuito, cuando el principio que les debe guiar es el de que no hay responsabilidad sin culpa y, en consecuencia, deberían, en primer lugar, exigirle al acreedor la prueba de la culpa de su deudor, porque corresponde a quien alega el incumplimiento la prueba de sus afirmaciones. Ante esta dificultad, invierten la carga de la prueba y le traspasan al deudor la justificación de la diligencia empleada en el cumplimiento-incumplimiento de su obligación. Pero, si parasen en este punto su construcción, sólo se les podría atacar desde el propio Derecho positivo. Los Códigos no exigen la culpa-diligencia, como criterio de imputación, sino que la diligencia entra en juego en el modo de cumplirla. Se establece la responsabilidad del deudor salvo prueba del fortuito, que por su propia naturaleza y esencia es irreconciliable con la negligencia. Ante esta dificultad, a los "subjetivistas" puros no les queda más remedio que intentar aplicar su doctrina partiendo de la letra de la ley, es decir, del fortuito, y en el momento que lo hacen están negando el principio "ninguna responsabilidad sin culpa", puesto que lo que discuten es la noción de caso fortuito y su extensión como única causa de exoneración de responsabilidad y de extinción de la obligación. Ya no es la diligencia, sino el fortuito. Es por este motivo por el que en este trabajo ya se ha defendido la inexistencia de verdaderas doctrinas "subjetivistas" y "objetivistas" de la

¹ El único autor que, en opinión de VISINTINI, fué lógico con la corriente subjetivista es BARASSI que, inspirado por HARTMANN y su teoría del esfuerzo en el cumplimiento de las obligaciones, construyó un concepto de obligación distinto al utilizado por los demás subjetivistas. Para BARASSI el contenido de la obligación lo integra una determinada diligencia, un esfuerzo de voluntad valorado a partir del modelo de conducta dado por el legislador en el artículo 1.224, es decir, el de un buen padre de familia. El vínculo al que se someten las partes cuando contratan es al de emplear una cierta diligencia con la finalidad de conseguir alcanzar un resultado. Con esta construcción BARASSI se salva de la contradicción en la que caen sus contemporáneos subjetivistas al utilizar para determinar la responsabilidad por daños un criterio y para la extinción de las obligaciones uno diverso.

responsabilidad contractual, sino que las diferencias dogmáticas sólo nacen del concepto, ahora sí, subjetivo u objetivo del caso fortuito. No existe, por tanto, en ningún ordenamiento, el principio de responsabilidad por culpa, entendida la culpa-diligencia como único criterio de imputación, puesto que en todos se establece que la única causa que puede llegar a exonerar al deudor de su responsabilidad por el incumplimiento es la prueba, cuando se le permita, del caso fortuito. Desde el momento en que se establece este principio hay que negarle cualquier efectividad al anterior. La diligencia, como se dijo anteriormente, posee diversas funciones, y entre ellas está el ser un criterio de imputación de responsabilidad, pero no el único.

Quizás, fué la construcción que hizo OSTI¹ de la responsabilidad contractual la que más incidencia tuvo no sólo entre los autores y la jurisprudencia, sino en la posterior reforma del Código civil italiano de 1942. El principio de la responsabilidad contractual ha de basarse, a juicio de este autor, en la siguiente idea: Mientras la prestación sea, en un sentido objetivo y absoluto, posible el deudor será responsable por el solo hecho de su incumplimiento. Cuando la prestación haya devenido, objetiva y absolutamente, imposible, el deudor no será responsable si no puede serle imputada culpa en aquella sobrevenida imposibilidad. Con esta teoría OSTI quiere diferenciar dentro de la figura del caso fortuito dos elementos que lo integran: el elemento subjetivo, referente a la persona del deudor y su círculo de actividad profesional, y el elemento objetivo, referente al contenido mismo de la obligación. Cuando se analice si la imposibilidad que alega el deudor es o no un caso fortuito, habrán de tomarse en

¹ Vid. *La revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, en *Riv.dir.civ.*, 1918; *Impossibilità sopravveniente*, en *Novissimo Digesto italiano*, Turin, 1962, p.287 y ss; *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, en *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1954, p.593 y ss.

cuenta de manera objetiva ambos elementos. El fortuito sólo existe en aquellas imposibilidades que habiendo afectado a la persona del deudor, habría afectado igualmente a cualquier otra. Además, para apreciar este tipo de imposibilidad subjetiva como causa de exoneración de responsabilidad, se requiere que el deudor no estuviera en situación, teniendo en cuenta la diligencia que se debe emplear para realizar la concreta obligación de que se trate, de evitar el suceso o de prevenirlo, antes de su verificación, organizando su cumplimiento por parte de un tercero. Lo mismo ha de predicarse del elemento objetivo del caso fortuito. Cuando se habla de imposibilidad objetiva se está haciendo alusión a un impedimento ajeno o extraño a la esfera económica y al ámbito de actividad del deudor. Ese impedimento debe afectar directamente al contenido de la prestación para ser causa de extinción de la obligación, porque la posibilidad de realizarla es presupuesto de la misma existencia de la obligación¹.

Merece, también, señalarse el pensamiento de OSTI acerca de la diligencia como fundamento de la responsabilidad por culpa. Pone de relieve este autor que la norma dictada en el artículo 1.224 del antiguo Código de 1864, copiado fielmente del 1.137 del francés, sólo establece el modo en que han de cumplirse las obligaciones, mientras que el 1.225 y 1.226 disciplinan la responsabilidad contractual por incumplimiento. Señala la infeliz inserción de esta norma entre las reguladoras de la responsabilidad porque daba a entender al intérprete que efectivamente con la sola prueba de la diligencia empleada

¹ La imposibilidad objetiva venía definida por OSTI, *Op.cit.*, p.217, como "aquella imposibilidad constituida por un impedimento que se oponga a la ejecución de la prestación en sí y por sí considerada, abstracción hecha de cualquier elemento extrínseco a la misma, y en especial, en cuanto sean tales, de las condiciones particulares del sujeto obligado".

el deudor venía liberado de su responsabilidad. Sin embargo, —concluye el autor—, el artículo deriva del francés que está exigiendo la diligencia de un buen padre de familia en la obligación de custodia accesoria a la obligación de dar una cosa determinada. Siendo ésta la finalidad de la norma, no cabe pensar que lo que está regulando es la responsabilidad contractual por culpa. "Nuestro legislador extendiendo la norma a todas las obligaciones no ha cambiado su contenido, sino que ha corregido una imperfección del Código civil francés consistente en la infeliz sistematización que tienen los principios generales de las obligaciones. Dado que el preminente interés de los compiladores de aquel Código se dirigía a las obligaciones de dar, es consecuente que la norma que determina la diligencia a emplear en el cumplimiento, fuese colocada con referencia solamente a la obligación de custodiar accesoria a la de dar. Pero, como el principio que contiene es susceptible de ser aplicado a las prestaciones que tienen como contenido un hacer o un no hacer, el Código italiano la introduce de forma general para todas las obligaciones". Para OSTI la finalidad de la norma es la de circunscribir la calidad a la que debe corresponder la actividad del deudor, una calidad no inferior a la media, del mismo modo que al deudor de cosas genéricas se le exige que debe entregar una cosa no inferior a la media. El hecho de que se admitan las que hoy se llaman obligaciones de medios o de diligencia no supone para OSTI que se acepte una responsabilidad por culpa en estos casos. Cuando el objeto de la obligación no es la realización de un resultado a cargo del deudor, sino una actividad cualitativamente determinada mediante el criterio de la diligencia como idónea para alcanzar un fin útil para el acreedor, podrá hablarse de obligación incumplida sólo cuando con la falta de realización del fin concurra la falta de actividad diligente mediante la cual aquél fin debía ser perseguido por el obligado. La afirmación de que en este caso la

responsabilidad se funda en la culpa equivale a decir que la responsabilidad se funda en su incumplimiento. Pero, también ésta sólo se elimina con el sobrevenir fortuito de una imposibilidad objetiva¹.

Fue la doctrina de OSTI la que se recogió en la reforma del Código civil italiano de 1942². El actual artículo 1.218 establece que sólo la imposibilidad no imputable al deudor es causa de exoneración de la responsabilidad. Se elimina cualquier referencia a la extraneidad de la causa, a cualquier elemento subjetivo. El modelo de diligencia a emplear en la realización de la prestación, se sitúa para evitar malas interpretaciones y su aplicación indebida al régimen de la responsabilidad contractual, entre las normas relativas al cumplimiento de las obligaciones³.

¹ Se comparte con VISINTINI, *op.cit.*, p.30, la opinión de que le gran mérito de OSTI fué el conciliar las tradicionales afirmaciones doctrinales sobre la culpa como fundamento de la responsabilidad con su teoría sobre el fundamento objetivo de la responsabilidad por incumplimiento. Ha aclarado el significado que recibía la doctrina tradicional del concepto de culpa contractual como equivalente a la realización de una actividad no conforme a la debida. Y, en este sentido, es cierto que culpa equivale a individualizar una forma de incumplimiento, y, por tanto, que la culpa es base de responsabilidad. Pero hay que observar, sobre todo en las obligaciones de medios, que si en ellas la responsabilidad aparece conectada a la culpa, es porque en estas obligaciones incumplimiento y culpa coinciden. Es por este motivo que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado no parece la vía más adecuada para resolver el problema de los límites de la responsabilidad o, lo que es lo mismo, para formular una noción de caso fortuito.

² Se ha puesto de manifiesto que la acogida que tuvo la teoría objetiva de OSTI se debió en gran parte al ambiente histórico en el que se formuló. Eran los inicios del siglo y, más concretamente, los años de la Primera Guerra Mundial: período caracterizado por las primeras experiencias de huelgas, por las repercusiones de los eventos bélicos, en una economía en la que, por un lado, los poderes públicos intervenían limitando fuertemente la libertad de iniciativa privada y, por otro, la inestabilidad de la moneda producía inevitables consecuencias sobre las relaciones obligatorias. En este contexto, el esfuerzo del deudor —por mucho que fuese adecuado— se consideraba amenudo insuficiente para la realización de la relación contractual, con perjuicio para la exigencia de seguridad en el tráfico comercial (RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano, op.cit.*, p.601)

³ Insiste VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore, op.cit.*, p.104, que la construcción objetiva de la imposibilidad realizada por OSTI no fué acogida íntegramente por el legislador italiano del 42 porque no se acabó de entender, quizá porque no se explicó claramente, lo que el autor quiso decir con la expresión "impedimento objetivo". El sentido era equivalente al de términos como "efectivo" o "real", no se refería con ello a la extraneidad a la persona del deudor o a su economía, sino a la incidencia del impedimento sobre la prestación. Con ello, insistía en la idea de que la imposibilidad liberatoria del deudor no equivale al uso de la diligencia, a la ausencia de culpa. No basta una mera dificultad.

A pesar de la nueva redacción de la norma sobre responsabilidad por incumplimiento y la colocación del modelo de diligencia entre aquellas del Código dedicadas al cumplimiento de las obligaciones, no han faltado en las elaboraciones doctrinales posteriores a la reforma tentativas de reconstruir un sistema subjetivo. Tras la construcción de OSTI y su influencia clara en los trabajos de codificación de los que formó parte, se han formulado esencialmente otras cuatro teorías, que pueden resumirse, siguiendo a VISINTINI, en la teoría subjetivista de GIORGIANNI, la conciliadora de BETTI y MENGONI, la jurisprudencial de BIANCA y la económica de TRIMARCHI. Todas ellas aportan datos importantes en su afán de cuadrar el sistema de obligaciones trazado en el nuevo código. Cada una otorga preferencia a un elemento siempre presente en las relaciones obligatorias: la buena fe y la diligencia, la aplicación jurisprudencial de los preceptos en conflicto, la economía y el tráfico jurídico. Todas ayudarán a comprender mejor el fenómeno del incumplimiento contractual, sus presupuestos y efectos sobre la relación obligatoria, pero todas ellas parten, como ocurría en la doctrina francesa, de la presunción de una contradicción entre la norma dedicada a la diligencia (art.1.176) y la reguladora de la responsabilidad por incumplimiento (art.1.218).

Ya se ha expuesto el punto de vista de OSTI: La responsabilidad por incumplimiento es objetiva. Basta el hecho del incumplimiento de la obligación para hacer surgir la responsabilidad del incumplidor. El único modo de exoneración que se le otorga, y siempre además que no esté constituido en mora, es la prueba de un caso fortuito. Es decir, su imposibilidad de cumplir no le será imputable cuando se trate de un impedimento que objetivamente considerado entra en el concepto de caso fortuito. La delimitación del fortuito no se puede llevar a cabo a través del concepto de diligencia

sino de la propia incidencia del impedimento alegado en la prestación. Esta incidencia ha de valorarse de modo objetivo. Si se alega un impedimento de tipo personal habrá que preguntarse si ese mismo impedimento hubiera afectado a la prestación de haber sido otra la persona del deudor. Si se alega un impedimento objetivo, ajeno a la persona o círculo de actividad del deudor, que ha afectado al propio objeto de la prestación, para averiguar si entra dentro del concepto de fortuito, habrá de analizarse si hubiera incidido igualmente en ella. Además, se le requiere, y este es el segundo presupuesto para la exoneración de la responsabilidad, que pruebe que era imprevisible e inevitable. Porque, como dice VISINTINI, son dos los presupuestos de la exoneración. El primero, que se trate de una imposibilidad absoluta de prestar, porque si no existe tal impedimento no hay nada de qué tratar (lo que no es imposible es posible). Para determinar la imposibilidad hay que aplicar los criterios objetivos que se han explicado. El segundo presupuesto para llegar a la exoneración de responsabilidad es el caso fortuito como causa de tal imposibilidad y ahora cuando se deben tener en cuenta los criterios, también objetivos, de imprevisibilidad e inevitabilidad. Con todos estos datos se elabora la formulación del concepto de imposibilidad objetiva y de caso fortuito que llevarán al juicio final de exoneración o imputación de la responsabilidad¹.

¹ La teoría de OSTI ha sido profusamente aplicada por la jurisprudencia italiana. SANTORO, en una primera aproximación al tema, ha escogido a modo de ejemplificación, los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: "La liberación del deudor de la responsabilidad por incumplimiento puede verificarse en tanto en cuanto concurren los dos requisitos previstos por el artículo 1.218 C.c. el primero de carácter objetivo que refleja la absoluta imposibilidad de ejecutar la prestación en sí y por sí misma considerada; y el otro de carácter subjetivo, que atiende a la no imputabilidad, es decir, a la ausencia de culpa por parte del deudor respecto a la determinación del evento que ha hecho imposible la prestación" (Cass., 3 de octubre de 1953, n. 3160); "La imposibilidad total que extingue la obligación debe ser objetiva y no se la puede hacer consistir en una simple dificultad" (Cass., 8 de octubre de 1973, n. 2532); "La imposibilidad en función de causa extintiva de la obligación se debe entender en sentido absoluto y objetivo y consiste en el sobrevenir de una causa, no imputable al deudor que, incidiendo sobre la prestación, impide definitivamente el cumplimiento de la obligación. Por tanto, el impedimento no definitivo de realizar la prestación debe depender no de una causa subjetiva, relativa a la persona o al patrimonio del deudor, sino de un evento ajeno a la voluntad de este último, al que no le sea posible poner algún reparo." (Cass., 6 de marzo de 1970, n. 582); "La diligencia en abstracto del *bonus pater familias* está prevista en el artículo 1.176 C.c. en cuanto modo en el que las obligaciones deben cumplirse. La responsabilidad del deudor incumplidor está disciplinada, en cambio, en el artículo 1.218 C.c. que para la exoneración requiere no sólo el caso fortuito o la fuerza mayor, como hace tiempo lo hacía el 1.225 C.c del código de 1865, sino la imposibilidad de la prestación derivada de una causa no imputable al deudor. Dicha causa debe ser considerada en modo objetivo y absoluto, no bastando la dificultad inherente a la persona del deudor que no incida objetivamente en la prestación" (Cass., 26 de enero de 1948, n. 102).

La teoría formulada por GIORGIANNI en apoyo de una responsabilidad por culpa-negligencia es, resumidamente, la siguiente: La norma de responsabilidad contenida en el actual artículo 1.218 del código civil italiano no puede ser considerada como norma general reguladora de la responsabilidad del deudor por incumplimiento válida para todos los eventos, desde el momento en que esta norma regula exclusivamente la hipótesis de que la prestación haya devenido imposible. En caso de que la prestación deba considerarse todavía posible, no se puede retener al deudor responsable, sino que se habrán de aplicar las normas que regulan este supuesto. Estas reglas son las de la diligencia. La prueba de la imposibilidad no imputable, para este autor, es una de las vías de exoneración de la responsabilidad contractual, pero no la única. Será exclusiva sólo cuando la prestación consista en impedir la imposibilidad (obligaciones de dar, de restituir o de transmitir una cosa cierta y determinada). Sólo en estos supuestos se puede decir que la responsabilidad del deudor se basa en la imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida. Pero cuando la prestación del deudor consista en un comportamiento, es decir, no sea la obligación de preservar la posibilidad de cumplimiento, la responsabilidad fundada en la imposibilidad sobrevenida no basta como fundamento de imputabilidad. Se debe, en estos casos, buscar una regla de conducta que discipline la falta de cumplimiento cuando la prestación todavía es posible y ésta es precisamente la regla de diligencia del artículo 1.176 del Código civil¹.

¹ Como prueba introduce de la incidencia que tiene en la jurisprudencia esta doctrina culpabilista, SANTORO, *vid. op.cit.*, p.19 y ss, los siguientes pronunciamientos: "El incumplimiento de la obligación no es imputable al deudor siempre que éste aporte la demostración de haber hecho cuanto podía, usando la diligencia de un buen padre de familia, para cumplir exactamente la obligación misma" (Cass., 8 de enero de 1967, n.24); "La culpa del contratante incumplidor, por el hecho material del incumplimiento, se presume, y le corresponde al deudor deducir y probar los hechos y las situaciones que sirvan para justificar su incumplimiento, haciéndolo inmune a la cualificación subjetiva de la culpa e inidóneo, por tanto, para determinar la obligación del resarcimiento de los daños" (Cass., 6 de diciembre de 1974, n.4029); "El artículo 1.218 C.c., que atribuye al deudor las consecuencias del incumplimiento a falta de prueba de la imposibilidad de cumplimiento debida a una causa a él no imputable, exige, en el plano psicológico, la subsistencia de la

culpa del deudor, que puede subsistir incluso en caso de error, siempre y cuando el sujeto no haya usado la diligencia necesaria para evitarlo" (Cass., 19 de febrero de 1986, n.1003); "En la hipótesis del incumplimiento contractual, cuya imputabilidad está regulada en el artículo 1.218 C.c., norma que se debe coordinar con lo dispuesto en el artículo 1.176 C.c. sobre el grado de diligencia requerida al deudor en el cumplimiento, la prueba liberatoria no se sustancia exclusivamente en la positiva del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino que puede considerarse alcanzada siempre que el deudor pruebe que el exacto cumplimiento ha faltado a pesar de que el ha empleado y seguido todas las reglas de la diligencia ordinaria" (Cass., 30 de octubre de 1986). No deja de asombrar que la doctrina de la Corte de Casación se muestre tan oscilante en cuanto al tema de la responsabilidad y de su prueba. Pero sólo un análisis detallado, como el que lleva a cabo FRANZONI, *op.cit.*, p.329 y ss., basándose en el análisis anterior que llevó a cabo VISINTINI, *op.cit.*, de todos los hechos que dieron lugar a estas resoluciones, puede revelar la existencia y, en cualquier caso, la causa de tal variación. "Se ha demostrado —dice el autor— que la diligencia—culpa, aunque no es de todo extraña al concepto de causa no imputable, no es suficiente para exonerar al deudor. VISINTINI ha demostrado que falta una total equivalencia entre el concepto de culpa y el de imputabilidad. Del propio examen de la casuística jurisprudencial emerge que la prueba que el deudor debe aportar no es sólo el hecho impeditivo, sino también que no haya derivado de un comportamiento culposo suyo. Los resultados de la investigación de la jurisprudencia se resumen en los siguientes: En las obligaciones de resultado, la negligencia constituye un criterio de imputación de la responsabilidad, por ejemplo, cuando sea la causa de la imposibilidad o venga utilizada para valorar los casos en que haya un incumplimiento inexacto, siempre que la obligación tenga por objeto un hacer técnico. Sin embargo la falta de prueba de la negligencia de por sí no exonera de responsabilidad, porque el límite de ésta está legalmente previsto en la prueba de hechos positivos de los que deducir la imposibilidad por causa no imputable, es decir, la demostración de la ruptura del nexo entre el incumplimiento y la conducta del deudor. La negligencia es relevante sólo para constatar la causa del incumplimiento, o para averiguar si el cumplimiento es efectivamente inexacto (se incluye el retrasado) y deba ser objeto de una prueba explícita sobre este punto por parte del acreedor. Puede venir, por otro lado, en consideración como causa del hecho impeditivo, toda vez que el deudor haya asumido igualmente la obligación sabiendo la existencia de causas que podían comprometer el cumplimiento. Pero, también en este caso, la culpa, entendida objetivamente como violación del canon de comportamiento general, no constituye fundamento de la responsabilidad. Simplemente, su sola subsistencia impide al deudor aportar la prueba liberatoria, porque el hecho impeditivo no podrá jamás tener las características de imposibilidad objetiva y absoluta: la circunstancia sobrevenida tendrá siempre las características de la imputabilidad al deudor. De cualquier modo, se debe precisar que en este caso la prueba de la culpa no puede ser objeto de ninguna presunción legal. Será el acreedor que la alegue el que deberá demostrarla, también a través de hechos o circunstancias unívocas, de modo que impida al deudor aportar la prueba liberatoria.

No se puede decir lo mismo de las obligaciones de medios o de comportamiento. Aquí la diligencia, entendida como un hacer técnico, bagaje de nociones, datos de la experiencia o, reglas de arte, consiente al juez pronunciarse sobre si la prestación ha sido exactamente ejecutada y representa por otro lado, cuando menos indirectamente, el criterio para valorar la responsabilidad del obligado. Aunque existan otras causas que pueden hacer imposible la prestación profesional, también la diligencia, entendida como medida de la exactitud del cumplimiento, lleva a excluir la responsabilidad. No obstante haya faltado el resultado, el respeto a las reglas específicas dictadas en esta materia hace inimputable la causa que la ha producido. Por ello, se puede sostener que en las obligaciones de medios la imposibilidad sobrevenida comienza precisamente donde acaba la diligencia, incluyéndose en la primera, incluso, el error profesional.

Del examen de la amplia casuística jurisprudencial en el tema de la prueba liberatoria se aprecia que hay una contradicción entre el lenguaje de los motivos y la lógica del caso decidido, entre las soluciones teóricas acogidas y las soluciones prácticas tomadas. El lenguaje de los jueces repite sustancialmente las construcciones dogmáticas de la doctrina tradicional que recurre a la culpa—diligencia por exigencias sistemáticas, atenuando el rigor a través de presunciones. Respecto a la *ratio decidendi*, sin embargo, la culpa—diligencia es sólo un revestimiento docto que se acompaña a la presencia o ausencia de responsabilidad del deudor, un lenguaje escolástico que se usa incluso cuando es evidente que el deudor debe responder. Esto que se ha puesto como fundamento de la decisión es la idoneidad del hecho extraño para interrumpir la relación de causalidad entre el daño y la actividad del deudor".

En mi opinión, el problema con el que se encuentra actualmente la doctrina italiana es la redacción del artículo 1.218 sobre la responsabilidad por incumplimiento, pues con la intención declarada de acabar con las discusiones doctrinales a que daba lugar la antigua norma del Código de 1865 al hablar de "causa extraña" y su vinculación al Código civil francés, han elaborado una norma que efectivamente puede dar pie a pensar que la única causa de exención de responsabilidad que el ordenamiento actual admite es la imposibilidad sobrevenida de la prestación, cuando ya se ha puesto de manifiesto, por la mayor parte de los autores, que esta expresión agrupa el caso fortuito, la fuerza mayor, la causa extraña y que lo que realmente se pretendía es que ya no cupieran dudas acerca de la insuficiencia de la prueba de la diligencia empleada para exonerar al deudor de su responsabilidad. Contrariamente a lo que se pretendía con la nueva redacción de este artículo, se ha conseguido, y quizá con más fuerza en sus argumentos interpretativos que antes, que se vuelvan a alzar voces a favor de una responsabilidad por culpa-diligencia. La teoría de GIORGIANNI, si bien no se comparte en este estudio, no deja de tener base en la propia literalidad del precepto puesto que parece que sólo la imposibilidad absoluta de la prestación puede dar lugar a la inimputabilidad del deudor. Sin embargo, creo que hay que tener en cuenta que el Código civil italiano de 1942 ha cambiado la antigua denominación de causa extraña no imputable, por imposibilidad sobrevenida lo que, a su vez, es sinónimo de caso fortuito en general. La *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli*, en su número 571, explica que en el tema de la exoneración del deudor de la responsabilidad por incumplimiento, el nuevo Código ha querido establecer principios más precisos que aquellos que el Código de 1865 expresaba en los artículos 1.225 y 1.226. En el primero de aquéllos, la causa extraña no imputable era considerada exoneradora de la responsabilidad por

incumplimiento, y en el segundo, se identificaba tal causa con el caso fortuito o con la fuerza mayor. "Pero como es notorio ambas normas dieron lugar, en su aplicación, a graves discusiones doctrinales, que todavía no han sido solucionadas. Sin embargo, en la doctrina y jurisprudencia más reciente, ha acabado por prevalecer la tendencia que encuentra su consagración en el artículo 1.218 de este Código.

A un primer orden de dificultad había dado lugar la interpretación del artículo 1.225 del Código de 1865 en cuanto subordinaba la eficacia liberatoria de responsabilidad a la extraneidad de la causa de la que hubiera dependido el incumplimiento o el retraso. Una corriente doctrinal particularmente rigurosa entendía por causa extraña la causa que proviniese de una esfera externa a la persona y a la economía del deudor. Pero esta interpretación dejaba perplejo, especialmente de frente a aquellos casos en los que, tratándose de obligaciones infungibles de hacer, el cumplimiento resultase imposible por la muerte del deudor o el venir a menos de aquellas aptitudes físicas o intelectuales que constituían un presupuesto necesario de la actividad objeto de la obligación. Parecía, a la mayoría, que en el artículo 1.225 el legislador había querido referirse al *id quod plerumque accidit*, siendo frecuente, sino normal, la fungibilidad del *facere* necesario para la ejecución de la prestación: con ésto no debía retenerse excluída la relevancia de los impedimentos personales del deudor, dependiendo de la naturaleza de su obligación, siempre que tales impedimentos hubieran incidido directamente en la posibilidad de ésta última.

Ahora, el artículo 1.218, lógicamente conectado al artículo 1.256 que disciplina la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida de la prestación,

subordinando la exoneración de responsabilidad a la condición de que el incumplimiento o el retraso hayan estado determinados por una imposibilidad sobrevenida, ha querido poner en evidencia que debe tratarse de una imposibilidad de la prestación en sí y por sí misma considerada. De tal guisa que no puede, a efectos liberatorios, ser tomada en consideración, la imposibilidad de cumplir la prestación, originada por causas inherentes a la persona del deudor o a su economía, que no sean objetivamente susceptibles de ser conectadas a la prestación debida. Mientras que, de otra parte, incluso los impedimentos que se verifican en la persona o en la economía del deudor deberán tener relevancia cuando incidan en la prestación considerada en sí y por sí misma, en su sustancia o en sus presupuestos objetivos.

Por otro lado, es notorio que los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, a los que hacía referencia el artículo 1.226 del Código de 1865, dieron lugar a gravísimas discusiones. La tendencia de la doctrina más reciente era en el sentido de identificar aquel concepto con la ausencia de culpa por parte del deudor, para la determinación del evento del que dependiese el incumplimiento o el retraso. Por esto, en el artículo 1.218, para evitar cualquier problema, se habla pura y simplemente de causa no imputable al deudor. La no imputabilidad del evento, o sea la ausencia de culpa en la verificación del mismo y el consiguiente impedimento de cumplir, constituye el requisito subjetivo, que debe concurrir con el objetivo de la imposibilidad de la prestación, para que el deudor incumplidor sea exonerado de responsabilidad.

La prueba de la causa no imputable no deberá conducir siempre a la directa y positiva identificación del evento no culpable que ha producido la imposibilidad. Podrá,

algunas veces, ayudarse de elementos presuntivos, entre los cuales podrá tener una relevancia notable la conducta diligente del deudor. Demostración que incluso podrá ser por sí misma suficiente. Cuando no sea necesaria la prueba directa y positiva del evento no culpable que ha producido la imposibilidad, se deberá establecer la responsabilidad teniendo en cuenta las circunstancias, en relación a la naturaleza del contrato o del objeto de la prestación. Así, en general, en las relaciones obligatorias cuya disciplina se conecta al *receptum*, el deudor estará obligado a dar la prueba específica del evento productor del daño. Por el contrario, en otros casos resulta excluida la necesidad de tal prueba y será suficiente la de la diligencia del deudor en la conservación y custodia de la cosa".

NATOLI aporta a esta teoría un argumento más. Si la responsabilidad tuviera realmente una naturaleza objetiva, no se admitiría ningún tipo de prueba exoneratoria¹ o como mucho la prueba de la inexistencia del incumplimiento alegado por el acreedor. El artículo 1.218, a juicio de este autor, ya está presuponiendo la culpa del deudor en el incumplimiento, porque es inherente al propio concepto de incumplimiento. El incumplimiento no imputable o no culposo no es incumplimiento. La segunda parte del artículo 1.218 hace alusión a la carga de la prueba de la existencia o no del incumplimiento y de la consiguiente responsabilidad del deudor. Esta párrafo al exigir la imputabilidad del deudor está admitiendo que se trata de una responsabilidad subjetiva. A sus argumentos, los partidarios de la responsabilidad objetiva, le han

¹ NATOLI, *op.cit.*, p. 75.

contestado¹ que una cosa es hablar de responsabilidad objetiva y otra de responsabilidad absoluta. Precisamente es el contenido de la carga de la prueba lo que defiende la teoría de la responsabilidad objetiva (y no absoluta) que debe tener, valga la redundancia, un contenido objetivo alejándose de cualquier incursión en elementos subjetivos.

BETTI, que se mueve bajo la óptica de la responsabilidad subjetiva o por culpa, intenta deshacer la contradicción entre la norma de la diligencia del artículo 1.176 y la de la responsabilidad del 1.218 retomando, una vez más, la distinción entre las obligaciones de medios y las de resultado. Aunque para este autor, el artículo 1.176 no está diferenciándolas, enuncia un criterio que encuentra su razón de ser en la valoración del comportamiento del deudor en las obligaciones que tienen por objeto la prestación de un servicio y para la valoración de aquella actividad instrumental para lograr la satisfacción del interés del acreedor en las obligaciones que tienen por objeto un *opus*, pero no es un criterio suficiente para excluir la imputabilidad del incumplimiento en ninguna de las dos clases de obligación. Esto es porque la observancia de la diligencia requerida por el artículo 1.176 es una condición necesaria pero no una condición suficiente para excluir la imputabilidad del incumplimiento, y así, evitarle al deudor incurrir en responsabilidad². En las obligaciones de medios es necesario verificar por un lado la observancia de la diligencia debida y después si la falta de cumplimiento ha dependido o no de una causa extraña al deudor. En las obligaciones de resultado, es necesario probar que la causa que ha impedido el correcto cumplimiento de la obligación

¹ *Vid.*, entre otros, SANTORO, p.18.

² *Vid.*, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol.I, p.110 y crítica de VISINTINI, *La responsabilità...*, *op.cit.*, p.51.

no le es imputable al deudor, ni a su esfera de control. Además, existe –para el autor– un tercer tipo de obligaciones que tienen como contenido el aseguramiento o garantía frente a ciertos riesgos. En éstas falta el supuesto de hecho para que la norma de la diligencia del artículo 1.176 se pueda aplicar. Para el autor, el criterio de la diligencia del buen padre de familia históricamente no es un principio general aplicable a todas las obligaciones, sino sólo para aquellas consistentes en un deber de custodia o de conservación de una cosa cierta y determinada.¹

BIANCA intenta concordar ambos preceptos partiendo de la idea de que es posible hablar de diligencia como integrante del concepto de imposibilidad sobrevenida, siempre y cuando se reconozca la eficacia liberatoria de una imposibilidad subjetiva determinada por una causa inherente a la persona del deudor o a su círculo de actividad, o bien a un impedimento relativo en el sentido de no superable mediante el uso de la diligencia normal.

El estudio de MENGONI, pone de manifiesto la falta de univocidad del concepto de culpa cuando se trata la responsabilidad contractual. Admite que la noción de culpa posee un primer sentido de carácter subjetivo referido a la diligencia (*diligentia diligentis*) al que se refiere el artículo 1.176 del Código civil italiano, pero también se

¹ No le falta razón a VISINTINI, *op.cit.*, p. 53, cuando dice que el pensamiento de BETTI es, en líneas generales, coherente con su interpretación reductora del criterio de la diligencia. Tanto es así que debería ser catalogado entre los sostenedores de la tesis de OSTI, más que de la de BARASSI y GIORGIANNI. Pero su introducción a la teoría que sigue está impregnada del deseo de sistematizar conceptualmente el ilícito contractual al lado del aquiliano por considerados caracterizados por el elemento de la *iniuria*, elemento resultante, no sólo de una lesión del interés ajeno, sino también de un comportamiento imputable al responsable. Y es por ello por lo que el argumento del autor sobre el elemento de la imputabilidad es poco claro y poco coherente con el desarrollo posterior de su pensamiento.

ha conservado una noción distinta, contrapuesta al caso fortuito (y no a la diligencia) que asume importancia en relación al incumplimiento. Culpa en este sentido equivaldría a la inejecución de la prestación objetivamente posible e incluso a falta de prueba de imposibilidad no imputable al deudor. La aclaración de MENGONI, a juicio de los autores ¹, será de gran ayuda para lograr una correcta valoración de aquellas soluciones jurisprudenciales en las que se usan conceptos referentes a la responsabilidad contractual un tanto anómalos y desconocidos para el Derecho positivo. Este estudio del uso jurisprudencial del concepto de culpa lo prosigue, entre otros, FRANZONI, que revela el uso que hacen los Tribunales del concepto de buena fe en la ejecución de los contratos para valorar toda la relación contractual y establecer si el acreedor ha abusado o no de su derecho de crédito al pretender del deudor el cumplimiento en una situación en la que únicamente haciendo uso de medios anormales hubiera sido éste posible. A los Tribunales les preocupa encontrar el criterio idóneo para imputar los riesgos contractuales. Consideran idóneo el principio de la congruencia del intercambio, entendido en relación a la diferencia que existe entre el momento de la celebración del contrato y la situación de alteración que presupone el incumplimiento. Las decisiones jurisprudenciales ocultan o maquillan esta finalidad con la aplicación de la presunción de culpa, que no deja de tener en todas ellas –como dice el autor– naturaleza de *obiter dictum*. Manifiesta que si los Tribunales realmente creyeran en una responsabilidad por culpa, insistirían en la suficiencia de la prueba por parte del deudor de la diligencia empleada para exonerarle de toda responsabilidad. Sin embargo, el exámen de la pruebas, tal y como emerge de la casuística jurisprudencial, revela que tal prueba no

¹ Vid., entre otros, SANTORO, *op.cit.*, p.25 y VISINTINI, *op.cit.*, p. 59, y los que allí citan.

basta por sí sola para alcanzar la liberación del deudor incumplidor. En realidad el uso de la presunción de culpa en la responsabilidad contractual esconde motivaciones tendentes a una redistribución "más justa" de la carga de la prueba y, en consecuencia, se niega la veracidad de la responsabilidad por culpa.

Es obligado detenerse en el trabajo de TRIMARCHI puesto que su teoría se desarrolla a través del análisis económico de las consecuencias que tendría aceptar una u otra teoría, de las hasta ahora discutidas por toda la doctrina extranjera, para alcanzar una distribución óptima de las reservas productivas que es lo que, a su juicio, se debe perseguir con la utilización del instrumento de la responsabilidad contractual. La amenaza de la responsabilidad contractual (que siempre es traducible en dinero) puede inducir al deudor a adoptar las medidas de diligencia idóneas para el cumplimiento siempre que su costo sea inferior a la indemnización por la que responderá. Y la misma idea vale para el acreedor, que será inducido a intentar aminorar los daños que le produciría el incumplimiento de su deudor, siempre que el ordenamiento no endose por entero al deudor los daños derivados de su incumplimiento. Para este autor, esta finalidad se logra más correctamente con una responsabilidad objetiva, porque, entre otras razones, cuando la prestación sea de empresa (v. gr. suministro, transporte, construcción), el mecanismo de mercado milita en el sentido de hacer gravar sobre la empresa que ha funcionado mal, el peso de todo el daño que ha causado en el sistema económico. Esta responsabilidad presiona a favor del progreso técnico. Sin embargo, adoptándose el sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, la presión económica ejercitada sobre el empresario para la adopción de medidas de seguridad es menor, puesto que podrá estimar que aunque económicamente puede adoptarlas son tenidas

judicialmente como ajenas a su obligación de diligencia. Además, sea cual sea el criterio de culpa adoptado, lo que está claro —continúa el autor— es que su aplicación hace el proceso más largo, complicado y costoso del que sería si se tratase de enjuiciar únicamente si el incumplimiento se ha originado por una causa catastrófica (*sic*) extraña a la empresa. Por otro lado, el problema de la existencia de culpa se puede suscitar más amenudo del de la existencia de caso fortuito ajeno a la empresa y, en consecuencia, el régimen de la responsabilidad por culpa da lugar a una mayor litigiosidad.¹

No se puede finalizar el tema de la responsabilidad contractual en el Derecho civil italiano sin hacer referencia a la obra de VISINTINI. Esta autora, a mi juicio, a parte de investigar a fondo todas y cada una de las posiciones doctrinales volcadas en Italia hasta el momento, realizando además una crítica fundada de todas ellas, elabora su propia teoría objetiva mediante la racionalización de todas las directrices jurisprudenciales. Logra conciliar pacíficamente la noción de causa no imputable del artículo 1.218 en términos objetivos, con la relevancia de la diligencia del artículo

¹ Han sido fundamentalmente dos las críticas que esta teoría ha suscitado en la doctrina que pretenden manifestar la no influencia del régimen de responsabilidad contractual en la redistribución de los recursos productivos. La primera, formulada por BIANCA, es que la incidencia del riesgo a cargo del deudor o del acreedor viene reequilibrada por el propio mercado con una modificación del interés correspondiente (daños) debido. En la segunda, hecha por COASE, se le pregunta por qué las partes contratantes no adoptan convencionalmente una disciplina propia de la responsabilidad que haga gravar el riesgo del incumplimiento sobre la parte que puede soportarlo con menor gasto. A ambas observaciones contesta TRIMARCHI haciendo referencia a la lentitud de los procesos de ajustamiento de precios de mercado, la escasa información de los clientes sobre los métodos y condiciones de laproducción, las dificultades técnicas y psicológicas que se interponen para lograr una reglamentación convencional difundida. Todos estos obstáculos hacen imposible prácticamente alcanzar un equilibrio de mercado como correctivo de los defectos del régimen legal adoptado. VISINTINI, *op.cit.*, p.72, alaba fundadamente la tesis de TRIMARCHI, pero recuerda que, hasta ahora, del sistema positivo no emerge ninguna diferencia de tratamiento entre los deudores según se trate de particulares o empresas, sin embargo, es evidente que la presencia debitoria en las grandes empresas de servicios ha favorecido la evolución del concepto de caso fortuito, ya que es mucho más difícil individualizar en el supuesto de una empresa, la extraneidad a la organización empresarial de la causa del daño sufrido por el acreedor, que tratándose de un particular. El régimen de responsabilidad adoptado debería ser el mismo para cualquier deudor.

1.176 con fines de imputación de la responsabilidad por incumplimiento. La idea defendida por esta autora es que, mientras el deudor no logre individualizar la específica causa que no le es imputable (prueba del 1.218) no podrá exonerarse de su responsabilidad por el incumplimiento, por no ser suficiente la prueba del comportamiento diligente o la ausencia de culpa como causa liberatoria. Hay una relación causal -dice- entre el la imposibilidad de cumplir y la noción de causa no imputable (fortuito), entendida ésta última como evento enteramente extraño a la esfera de control del obligado. El concepto de caso fortuito indica aquellos eventos que en relación con la prestación a la que se ha obligado el deudor, revelan su carácter de imprevisibilidad e inevitabilidad. Por consiguiente, un mismo hecho puede ser considerado, a veces, exonerador, y a veces, como un impedimento controlable por el obligado según el grado de ajenidad o de proximidad respecto a la esfera organizativa del deudor y al tipo de actividad desarrollada. Apoya la autora las ideas de OSTI y de MENGONI sobre la función de la diligencia en el Derecho de obligaciones. En el campo de las obligaciones profesionales el concepto de culpa-negligencia encuentra aplicación en relación a los cumplimientos inexactos de estos tipos de prestaciones, pero la función característica y autónoma de este concepto en el ámbito de la responsabilidad contractual es irrelevante. Sólo si se circunscribe el concepto de incumplimiento a la acepción restrictiva de violación de las obligaciones de diligencia se puede sostener que la culpa constituye el fundamento de la responsabilidad. Por el contrario se debe tener presente que el incumplimiento como fundamento de la responsabilidad es un concepto más amplio que abraza cualquier violación de la obligación contractual, e incluso cuando está en juego la violación de una obligación de diligencia en la ejecución de la prestación amenudo la culpa viene presumida por los jueces basándose en la falta de satisfacción

del interés del acreedor. Es oportuno —explica la autora— olvidar cualquier disertación o razonamiento sobre la culpa—diligencia cuando se trata el tema de la responsabilidad contractual para no incurrir en la confusión entre los dos conceptos (culpa e incumplimiento) y limitarse a relevar el rol que la diligencia desarrolla en la determinación del contenido del contrato. Tal rol se especifica en el reenvío a reglas de arte determinadas cuando se trata de la ejecución de ciertas prestaciones (de medios).

En el recorrido realizado a través de las diversas posturas doctrinales italianas acerca del sistema de responsabilidad contractual se ha podido apreciar una identidad de razón y de motivaciones con las teorías doctrinales desarrolladas en Francia. Esto es así, a mi juicio, porque en realidad lo que se pone en duda es el sistema de exoneración de responsabilidad del deudor. Para atribuirle al deudor la responsabilidad por su incumplimiento, algunos autores ponen el punto de mira en el concepto de culpa—imputabilidad, utilizándolo a modo de presunción cuando el deudor no ha realizado con exactitud la prestación debida. Desde esta perspectiva, la culpa contractual es un concepto distinto al de la culpa—diligencia, cuya finalidad es la de medir el modo y calidad en que el deudor ha desarrollado su actividad. No se puede tachar de incorrecta esta teoría. Culpa equivale, en este caso, a incumplimiento. Sin embargo, conviene no olvidarse de que es el incumplimiento el presupuesto de la responsabilidad y no la culpa. El problema de esta teoría es que este concepto de culpa=incumplimiento únicamente puede ser aplicado en aquellas obligaciones cuyo objeto se concreta precisamente en el desarrollo de una actividad diligente, y no en aquellas en las que radique en alcanzar un resultado concreto, puesto que la diligencia en este caso sólo sirve para medir la calidad en el modo de actuar del deudor, calidad que debe corresponder a la actividad de

ejecución del deudor (y refiriéndola no sólo al momento del cumplimiento sino también a todos los actos preparatorios del mismo). De otro modo, como se puso de manifiesto al tratar las doctrinas francesas, cualquier obligación se resolvería en obligación de medios o de esfuerzos. Desde la visión de culpa-imputabilidad se acepta que el único medio exoneratorio que posee el deudor es la prueba de la imposibilidad fortuita. Vuelve a ser en este punto donde divergen los autores. Para atribuir la responsabilidad se ha visto que, se le llame como se le llame, basta el hecho demostrado del incumplimiento. Pero determinar qué se debe entender por causa sobrevenida o fortuita no imputable es el gran problema de la doctrina, que no puede resolverse de modo general porque las circunstancias de exigibilidad cambian caso por caso. La consideración de un mismo suceso sobrevenido, como decía VISINTINI, puede ser considerado en un caso imputable al deudor y en otro no.

Si se ha alargado tanto el estudio del sistema de responsabilidad contractual en el sistema italiano es porque, en cierta medida, a partir del estudio de sus autores se ha construido la tesis que en este trabajo se defiende. La constitución en mora del deudor incumplidor no es una figura autónoma e independiente del sistema de responsabilidad contractual (entendida tanto en sus sistema de riesgos como en el de daños). Aparte de los efectos normales que el incumplimiento de una obligación origina se pueden hacer derivar otros dos más graves o si se prefiere especiales. Uno es la perpetuación de la obligación o la traslación de todos los riesgos al deudor (este efecto como se ve actúa en el sistema de riesgos). El otro es el devengo de intereses moratorios, diferentes e independientes de los compensatorios o correspectivos (éste actúa en el sistema de daños). Para lograr ambos efectos, que por regla general debido a su gravedad no actúan

automáticamente, es necesario que el acreedor requiera al deudor el cumplimiento de su obligación. A partir de ese momento se dice que el deudor está constituido en mora para expresar que de su incumplimiento se han derivado estos dos efectos.

El Código civil italiano de 1942 deja expresamente asentados los dos efectos que se logran con la constitución en mora del deudor. El artículo 1.224 establece que "en las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, se deben desde el día de la mora los intereses legales, incluso si no se debían anteriormente y aunque el acreedor no pruebe el daño sufrido. Si antes de la mora se debían intereses en una medida superior a la legal, los intereses moratorios son debidos en la misma medida. Al acreedor que demuestra haber sufrido un daño mayor le corresponde un ulterior resarcimiento. Este no se debe si se ha pactado la medida de los intereses moratorios" y el artículo 1.221 dispone que "el deudor que está en mora no se libera por la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivada de una causa a él no imputable, si no prueba que el objeto de la prestación se hubiera igualmente perdido en poder del acreedor".

La regulación de este instituto en cuanto a los efectos que se persiguen con él, es muy parecida, si no igual a lo dispuesto por el Código civil francés. La constitución en mora es el vehículo jurídico establecido por los legisladores para alcanzar el traslado de los todos riesgos al deudor y la indemnización de los intereses moratorios (en las obligaciones pecuniarias), y sólo de éstos.

El artículo 1.218 del Código civil de 1865 disponía que "quien ha contraído una obligación está obligado a cumplirla exactamente y ante su falta al resarcimiento de los

daños". Acto seguido preveía, como el francés, la obligación de custodia y conservación hasta el momento de la entrega en las obligaciones de dar y decía que "si el deudor está en mora en realizar la entrega, la cosa queda a su riesgo y peligro, cuando antes de la mora se encontrase a riesgo y peligro del acreedor" (artículo 1.219). El artículo 1.231 establecía que "a falta de pacto especial, en las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, los daños derivados del retraso en cumplirla consisten siempre en el pago de los intereses legales. Estos daños se deben desde el día de la mora, sin que el acreedor esté obligado a justificar pérdida alguna".

En mi opinión, merece la pena empezar a estudiar el sistema de constitución en mora acogido por los italianos, por la finalidad que persigue en el sistema de responsabilidad contractual, diferenciando dentro de él, los riesgos de los daños.

El sistema de riesgos trazado por el Código civil italiano actual ha introducido algunas variaciones con respecto al de 1865. El antiguo artículo 1.298 preveía que "cuando una cosa determinada que formaba el objeto de la obligación se pierde, o se queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue, si la cosa se ha perdido o puesto fuera del comercio o desaparecida sin culpa del deudor y antes de estuviere en mora. Siempre que el deudor esté en mora y no haya asumido a su cargo el peligro de los casos fortuitos, se extingue la obligación, si la cosa se hubiera igualmente perdido en poder del acreedor si le hubiese sido consignada. El deudor está obligado a probar el caso fortuito". El actual artículo 1.256, sin embargo, dice: "La obligación se extingue cuando, por una causa no imputable al deudor, la prestación deviene imposible. Si la

imposibilidad es sólo temporal, el deudor, mientras ésta perdura, no es responsable del retraso en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta que, en relación con el título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no puede seguir siendo considerado obligado a cumplir la prestación o bien el acreedor no tiene más interés en conseguirla". El precepto siguiente prevé específicamente el caso de la desaparición de una cosa determinada y dice: "La prestación que tiene por objeto una cosa determinada se considera devenida imposible incluso cuando la cosa ha desaparecido sin que pueda ser probada su pérdida. En el caso de que posteriormente se encuentre, se aplicarán las disposiciones del segundo párrafo del artículo precedente" y por último se regula la incidencia en la relación obligatoria de una imposibilidad parcial: "Si la prestación ha devenido imposible solo en parte, el deudor se libera de la obligación ejecutando la prestación en la parte que ha quedado posible. La misma disposición se aplica cuando, siendo debida una cosa determinada, ésta ha sufrido un deterioro o cuando quede residualmente algo de la pérdida total de la cosa". No le falta razón a VISINTINI cuando dice que estos artículos se fundamentan en la idea de realizar una distribución racional de los riesgos contractuales en función de la incidencia de la causa de la imposibilidad sobre la esfera de control del deudor o sobre la del acreedor¹. La regulación que se da para cualquier supuesto de imposibilidad, sin estar constituido en mora el deudor, afirma la teoría de la distribución de riesgos independientemente de cualquier elemento subjetivo o de reproche. En caso de que se haya constituido en mora al deudor, la regla es clara. Responde de cualquier evento, fortuito o no, que le imposibilite el cumplimiento de su obligación. Sólo se

¹ *Vid., Inadempimento e mora del debitore, op. cit., p.458.*

admite una prueba de exoneración: la pérdida igualmente de haberse encontrado la cosa en poder del acreedor. Esta prueba ratifica el pensamiento de la autora, porque, en definitiva, se trata de una presunción de que si la cosa está en poder del deudor o en poder del acreedor está bajo su esfera de control y, por lo tanto, deben correr a su cargo los casos fortuitos. Critica esta autora la idea tan extendida entre los civilistas de que la *ratio* de estas normas radica en el hecho de que el deudor moroso se ha colocado en una condición idónea para exponer al objeto de la prestación, teniéndolo en su poder en vez de entregarlo o consignarlo, a un riesgo al que no se hubiera expuesto de haber cumplido en su momento. Es por ello que el legislador ha previsto la prueba de que la cosa se hubiera igualmente perdido de haberse encontrado en aquel momento en poder del acreedor. Esta autora pone de manifiesto que las normas relativas al riesgo ya no hacen referencia, como ocurría en el Código de 1865 o como ocurre en el francés, únicamente a las obligaciones de dar cosa cierta y determinada, sino que, tras la reforma, están previstas para todo tipo de obligaciones.

Parece claro que no es la culpabilidad en el retraso en el cumplimiento lo que fundamenta la traslación de todos los riesgos al deudor. No puede ser así porque si la cosa se pierde por culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora, el riesgo es suyo, se excluye el fortuito. No se está exigiendo el presupuesto de la culpa del deudor en el retraso, porque si fuera así al serle imputable lo que no podría ser es fortuito. Es una contradicción en sus propios términos. Para atribuir este riesgo al deudor

cuando no lo tenga atribuido por otra causa, es necesaria su previa constitución en mora¹.

A este respecto se puede afirmar que la regla según la cual el deudor constituido en mora no se libera de la imposibilidad sobrevenida de la prestación debe entenderse incluida en la disciplina general de la responsabilidad debitoria y se debe rechazar, ante todo, la idea de que este efecto sea una especial y posterior sanción por la situación de retraso formalmente cualificado². La imposibilidad sobrevenida encuentra en la constitución en mora el nexo de imputabilidad al deudor de la responsabilidad³.

¹ Desde antiguo los autores vienen defendiendo que la culpa es uno de los requisitos para la constitución en mora del deudor. En este trabajo se defenderá que no tiene sentido defender este requisito por dos motivos fundamentalmente: La constitución en mora del deudor es el vehículo jurídico que el legislador ha otorgado al acreedor, cuando no lo haya decidido por sí mismo, para trasladarle los riesgos fortuitos de la cosa. Para ello, y como elemento más que es de la responsabilidad contractual es necesario que el retraso le haya sido imputado o, lo que es lo mismo, que no haya gozado de ninguna causa de exoneración que el ordenamiento admite. El *prius* de la constitución en mora del deudor es un incumplimiento, del que debe responder, porque está claro que si no responde de su incumplimiento la obligación se extingue por el fortuito mismo, y no cabe hablar de constitución en mora. Pero hay que dejar sentada la idea de que la imputabilidad es presupuesto de la responsabilidad y no de la mora del deudor. La mora del deudor no es más que un efecto de aquella. En segundo lugar, hay que tomar en cuenta que la culpa es el criterio de imputación utilizado para la traslación normal de los riesgos. No es necesario que se haya verificado el incumplimiento para atribuir los riesgos a una de las partes contratantes. En principio el riesgo caso fortuito recae sobre la parte que no se ha visto afectada por él. Ahora bien, para llegar a este juicio hay que pasar antes por el análisis de la causa que ha provocado el impedimento. La responsabilidad por las imposibilidades sobrevenidas, en un primer momento, recaen objetivamente en el deudor quien deberá probar que la imposibilidad sufrida se incluye en el concepto de caso fortuito para exonerarse de ella. El principio se vuelve absolutamente estricto cuando el deudor está constituido en mora, puesto que ya no le cabe aportar esta prueba, sino que lo único que podrá hacer, en el sistema francés y en el italiano, es probar, si la cosa estaba en su poder, que la cosa hubiera sufrido el mismo caso fortuito de haberse encontrado en poder del acreedor. En nuestro ordenamiento ni siquiera se admite esta prueba porque el deudor corre con los riesgos hasta que realiza la entrega (art. 1.096. 3º C.c.).

² *Vid.* BIANCA, *op.cit.*, p.233, y los que allí se citan.

³ Esta idea de BIANCA, *op.cit.*, p.234; es interesante, puesto que atribuye a la constitución en mora del deudor la función de criterio de imputabilidad de la responsabilidad y, no sería incorrecto estimarlo así desde la perspectiva de nuestro propio ordenamiento, cuando el artículo 1.101 del Código civil establece la obligación de indemnizar los daños por dolo, negligencia, morosidad o cualquier contravención de lo pactado. En este estudio se defiende que son cuatro formas de incumplimiento contractual, pero se admite que pueda tratarse de cuatro criterios de imputabilidad ante un incumplimiento contractual que sería todo aquello que no se ajustara al programa prestacional pactado. En el capítulo dedicado a las formas de incumplimiento se volverá sobre este tema. Lo mismo cabe decir de la responsabilidad por riesgo en la que los ordenamientos parecen admitir tres tipos de criterios de imputación: el dolo, la culpa y la constitución en mora (además del supuesto de doble obligación de entrega).

Se debe aclarar que cuando se habla de traslación de los riesgos, se hace referencia a todos aquellos que se incluyan en el concepto estricto de caso fortuito y, en consecuencia, habrán de desecharse aquellos supuestos en que la imposibilidad sea imputable a la persona del acreedor o a un tercero ajeno al deudor y a su círculo de actividad y control.

Se ha dicho que el sistema italiano de *perpetuatio obligationis*⁴ acepta, como el francés, la prueba por parte del deudor de que la prestación se hubiera igualmente perdido, o devenida imposible, estando en manos del acreedor. La mayor parte de los autores niegan que se trate de una aminoración de la dureza de la regla guiada por el *favor debitoris* y encuentran el significado de la relevancia de esta hipotética pérdida del bien en manos del acreedor en relación al daño resarcible, al daño como efecto económico negativo. Afirman que el daño originado por el retraso o por el incumplimiento en general tiene una distinta dimensión cuando se prueba que el acreedor se hubiera visto privado igualmente de disfrutarla. Tomando en consideración este sentido, aunque la norma haga referencia a pérdidas o deterioros de cosas ciertas, se extiende sin dificultad a todos los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación: al deudor moroso siempre le cabe aportar la prueba de que la prestación no hubiera sido igualmente utilizable por el acreedor. Otros expresan la idea de que esta norma atiene exclusivamente a un problema de distribución de riesgos no imputables a ninguna de las partes contratantes y que se le impone al deudor soportar el riesgo de su

⁴ El término *perpetuatio obligationis*, como tantas veces ha puesto de manifiesto la doctrina, es contradictorio porque no tiene sentido decir que algo se perpetúa cuando en realidad se está mutando. La terminología romana alude a su origen, no a su contenido.

pérdida por tenerla consigo en vez de entregarla o consignarla. Esta última idea tendría cabida también en nuestro sistema por dos motivos: el primero es que en los artículos 1.182 y siguientes del Código civil, se establece una presunción *iuris tantum* de culpabilidad por la imposibilidad sobrevenida de la prestación en contra del deudor que tuviera en su poder de cosa. A éste se le permite la prueba en contrario. El segundo motivo es que al deudor constituido en mora se le imputan todos los riesgos sin posibilidad de aportar prueba alguna para liberarse, hasta que realice la entrega o consignación de la cosa. En mi opinión no son incompatibles ambas explicaciones de la *ratio* de esta norma. Una se lleva a cabo en referencia al sistema de daños y la otra al sistema de distribución de riesgos y, como tantas veces se ha dicho, ambos forman parte del general de responsabilidad contractual por incumplimiento.

En cuanto a lo que al sistema de reparación de los daños derivados del retraso se refiere hay que aclarar un punto. Los daños se deben por el retraso, no por la constitución en mora. La constitución en mora, cuando así se exija legalmente, será el vehículo que deberá usar el acreedor para exigirlos y nada más. No es el hecho de la constitución en mora del deudor lo que genera la obligación de resarcir, sino el incumplimiento, incumplimiento contractual que consiste en un retraso injustificado del deudor en la ejecución de su prestación.

La doctrina italiana no ha eludido la polémica que suscita en esta materia la relevancia, a efectos indemnizatorios, del "simple retraso". Se discute si basta el hecho del retraso, imputable claro está, para que surja el derecho a la indemnización del acreedor, o si, por el contrario, este retraso imputable ha de ir acompañado de una

constitución en mora. Un tradicional sector doctrinal afirma que el retraso sin interpelación o lo que es lo mismo sin la posterior cualificación de moroso no puede, en caso alguno dar lugar a la obligación de indemnizar porque tal retraso no se ha considerado ilícito. La intimación, para este grupo de autores, tendría la función de imputar la responsabilidad al deudor por su incumplimiento¹. Para otro sector doctrinal², por el contrario, basta confrontar las normas de los artículo 1.218 y 1.219 del actual Código civil italiano para darse cuenta de que son dos conceptos jurídicos distintos y que la situación de retraso no tiene porqué coincidir necesariamente con la de constitución en mora del deudor. Como dice NATOLI³, estando la obligación del resarcimiento íntimamente conectada con la inexacta ejecución de la prestación debida, el retraso en el prestar es un inexacto cumplimiento por la sola materialidad del hecho prescindiendo de requisistos formales. Por otra parte, si se acepta la tesis que niega cualquier relevancia al retraso, se acabaría por sujetar el ejercicio del derecho de crédito a una forma solemne, cuya razón de ser no encuentra apoyo alguno, ni respuesta en la exigencias del tráfico jurídico moderno. La constitución en mora del deudor es algo más intenso que el "simple" retraso: sería un retraso cualificado en la sustancia y en la forma. De ella, la ley hace descender efectos más específicos, los previstos en los artículos 1.221, 1.224 y 2.943 del Código civil.

¹ Así, entre otros, VALSECCHI, *Sulla illiceità del ritardo nell'adempimento*, en *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p.243 y ss; RAVAZZONI, *La costituzione in mora del debitore*, *op.cit.*; BRANCA, *Mora e risoluzione: considerazioni spicciolate*, en *Foro italiano*, 1967, p.466 y ss; BLANCA, *Dell'inadempimento*, *op.cit.*, p.174; BENATTI, *op.cit.*

² Integrado entre otros por VISINTINI, *op.cit.*; MONTEL, *op.cit.*; NATOLI, *op.cit.*; DE MARTINI, *Mancato o ritardato adempimento del contratto e eccessiva onerosità della prestazione*, en *Giur.cass.civ.*, 1948, II, p. 759 y ss.

³ *Vid, op.cit.*, p.151.

En mi opinión ambas doctrinas son aceptables. La tradicional que niega relevancia al simple retraso para la exigibilidad de la indemnización se basa en argumentos de tipo histórico, puesto que a la constitución en mora siempre se le han conectado los efectos de la perpetuación de la obligación y del pago de intereses moratorios. En este trabajo no se niega en momento alguno que, en las obligaciones pecuniarias se deba requerir previamente al deudor el cumplimiento de su obligación para que surja el derecho a los intereses moratorios. Pero, hay que dudar en línea de principio de que en aquellas obligaciones que no tengan por objeto una cantidad de dinero, la obligación de indemnizar por el retraso tenga igualmente que ir precedida de una intimación por parte del acreedor. Es cierto, como dice VISINTINI, que ni siquiera la investigación de las máximas jurisprudenciales auxilian en la resolución de este problema, puesto que no existen pronunciamientos jurisprudenciales que atribuyan la indemnización de daños y perjuicios causados por el retraso en el cumplimiento si falta el requisito de la constitución en mora. Aunque, por ejemplo, se reconoce, desde hace tiempo, la posibilidad de actuar la resolución del contrato por un retraso de "no escasa importancia", sin necesidad de una previa constitución en mora del deudor, resolución a la que se le añade siempre en el *petitum* la indemnización de los daños y perjuicios causados. No se acaba de saber si cuando el Tribunal otorga la indemnización lo está haciendo en consideración al retraso en sí mismo considerado o más bien por la inexecución definitiva que supone resolver el vínculo contractual. Es por ello por lo que la autora critica duramente a los civilistas que no estudian a fondo la *ratio decidendi* de las sentencias y se conforman con extraer de su portada general, del maximario que se

hace de ellas, conclusiones generales erróneas sobre este tipo de temas¹.

El problema continúa estando en vigor y la letra de la ley no ayuda a comprender la regla. Quizá la solución se pueda encontrar determinando la función de la interpelación. ¿Por qué se exige una intimación por parte del acreedor como requisito previo a su derecho a la indemnización?, ¿no va en contra del propio sistema objetivo de la responsabilidad por daños?, ¿por qué en todos los ordenamientos se establece una regulación especial de la obligaciones pecuniarias?, ¿es una excepción a la regla general o simplemente su *ratio* descende de otras consideraciones distintas?, es decir, ¿es una excepción al principio de la reparación de los daños del 1.218 del Código civil italiano o del 1.101 español? ¿o forma parte de la regla general de que la indemnización por retraso debe ir precedida por una intimación y su especialidad radica en la automaticidad

¹ La *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli*, n. 570, explica que la mora del deudor adquiere un carácter autónomo en el caso de obligaciones pecuniarias, porque el daño que produce el incumplimiento de éstas consiste, de regla, en el pago de intereses (art. 1.224.1ª C.c.). En tal caso, un mayor daño puede ser resarcido (por ejemplo: la diferencia de cambio en las deudas de moneda extranjera); pero sólo cuando no existe un acuerdo o convenio sobre la medida de los intereses moratorios, porque si existe tal convenio debe presumirse que las partes han entendido liquidar preventivamente toda consecuencia patrimonial derivada del incumplimiento (art. 1.224.2ª C.c.). Sin embargo, se puede hablar todavía de intereses moratorios no obstante se haya agogado el principio según el cual los intereses corren de pleno derecho en caso de créditos exigibles (art. 1.282.1ª C.c.); y, efectivamente, a seguido de la mora, la prestación de intereses asume el carácter de compensación por el retraso, y no por el uso ilegítimo del dinero, que está en la esencia de la corresponsividad. No se trata de un simple cambio de terminología, porque es posible que el interés moratorio sea superior al corresponsivo que nace por el sólo hecho de la exigibilidad del crédito (art. 1.224.1ª C.c.), y porque es posible, por ley o por convenio, que los intereses se devenguen sólo después de la mora. Los intereses compensatorios, que prescinden de la mora del deudor (intereses moratorios) y de los que nacen del sólo del vencimiento de la obligación (intereses corresponsivos) aparecen en algunos casos específicamente previstos (arts. 1.499, 1.815, 1.825 C.c.).

Sobre la base de la fecundidad natural del dinero y para corresponder a la necesidad de incrementar el crédito, se ha extendido a todas las deudas civiles la disposición del artículo 41 del Código de comercio acerca del devengo de pleno derecho de los intereses sobre los créditos líquidos y exigibles (art. 1.282.1ª C.c.). Se ha hecho una excepción en los créditos derivados de los arrendamientos, para los cuales los intereses corren desde la constitución en mora (art. 1.282.2ª C.c.): dada la causa específica de la deuda, se ha querido evitar que la regla general se resuelva en una excesiva desventaja para el deudor. Otra excepción concierne al crédito que tiene por objeto el reembolso de los gastos realizados por cosas a restituir. Si quien ha hecho los gastos ha gozado la cosa sin corresponsivo y sin estar obligado a dar cuenta del goce, no se deben intereses frente y en sustitución de los cuales está el goce debido (art. 1.282.3ª C.c.).

de sus efectos sin necesidad de prueba alguna del daño sufrido?

El artículo 1.219 del actual Código civil italiano establece el momento en el que se entiende que el deudor ha quedado constituido en mora: "El deudor se constituye en mora mediante intimación o requerimiento hecho por escrito". El principio general acogido por los italianos, es el de la interpelación para que exista mora. Pero se excluyen de esta exigencia los siguientes casos:

1) Cuando la deuda deriva de un hecho ilícito. Esta excepción, acogida también por los franceses, encuentra su justificación en el Derecho histórico. La explica la doctrina atendiendo a una idea que no parece del todo correcta. Dicen que desde momento de la comisión del ilícito hasta la liquidación del daño transcurre algún tiempo y, por ello, se ha pensado en considerar en mora al infractor desde el momento del evento para constreñirlo a pagar los intereses moratorios de la suma que será liquidada con referencia al período en cuestión, para, así, asegurarle una reparación integral. Los intereses deben correr día por día, desde el día en que se cometió el ilícito. Se ha dicho que no parece correcta esta justificación porque, en primer lugar, como se ha visto en el capítulo dedicado al Derecho romano, la única excepción que se admitía era la de las obligaciones *ex delictu*, como el hurto, y no se hacía referencia al daño aquiliano, sino a la *perpetuatio obligationis*. Carece de sentido establecer la excepción con la única finalidad de evitar el requisito de la intimación para que corran los intereses moratorios desde el día de la comisión del ilícito. La finalidad debe ser la imputación absoluta al deudor contraventor de la responsabilidad. De tal modo que no pueda alegar caso fortuito ante la pérdida o destrucción de la cosa que está obligado a restituir desde el

momento de la comisión del delito y que no se pueda liberar aportando la prueba, que se permite en todos los demás supuestos, de que la cosa se hubiera perdido igualmente de haber estado en poder de su dueño. Esta idea la expresa el propio artículo 1.221 del Código civil italiano cuando en su último párrafo establece que en cualquier modo en que se haya perdido o destruido una cosa ilícitamente sustraída, esta pérdida no libera a quien la ha sustraído de la obligación de restituir su valor.

2) Se excepciona el requisito de la interpelación cuando el deudor haya declarado por escrito que no quiere cumplir su obligación. El problema que plantea esta excepción es el de que tal declaración la realice antes de que la obligación haya vencido y sea exigible, porque, si se acepta su efectividad, se llega a la conclusión de que es posible resolver el contrato antes de que exista un verdadero incumplimiento de la obligación. En mi opinión, esta excepción prevé lo que el *Common Law* identifica como desestimiento unilateral del contrato, que nada tiene que ver con la mora del deudor. Con la constitución en mora del deudor se pretende perpetuar la obligación y parece claro que difícilmente se puede lograr este efecto cuando el propio deudor hace imposible la realización de la prestación. En este caso sólo cabe hablar de incumplimiento definitivo. El deudor se propone, y así lo expresa por escrito, incumplir su obligación. Desiste del vínculo contractual que le une a su acreedor. Este podrá resolver el contrato, pero no tiene sentido alguno constituirle en mora. Esta excepción no está prevista en ningún otro ordenamiento, como tampoco lo estaba en el Código de 1865. La *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli* no dice a este respecto más que se justifica considerando que es inútil dirigir un requerimiento a quien ya preventivamente

ha declarado su intención de no cumplir¹.

3) La tercera hipótesis de *mora ex re* o sin interpelación la constituyen aquellos supuestos en los que ha vencido el término fijado en el contrato y la obligación debe ser cumplida en el domicilio del acreedor. Son las llamadas obligaciones *portables*. Como se puede apreciar únicamente en este caso se admite en el Derecho italiano la efectividad de la máxima *dies interpellat pro homine*². Aquí el término pactado realiza la función de la interpelación, pero sólo para el caso de que el lugar de cumplimiento de la obligación sea el domicilio, o esfera de actividad, del acreedor. Si por una causa no imputable al deudor éste no pudiera hacer efectivo su cumplimiento, por ejemplo que el acreedor no se encuentre en su domicilio injustificadamente, el deudor no se entenderá que ha incurrido en mora. Esta excepción sufre a su vez una derogación. Cuando el deudor de una obligación *portable* haya muerto sin que ésta haya vencido, sus herederos sólo pueden ser constituidos en mora por esta causa mediante intimación hecha por escrito y una vez transcurridos ocho días desde el requerimiento. Esta regla especial responde a una necesidad de tutelar a los herederos frente a las deudas que el

¹ Esta idea ya fue puesta de manifiesto por algún sector doctrinal, BIANCA, *op.cit.*, p.211 y ss.

² El Código civil de 1865 reconocía la efectividad absoluta de la regla *dies interpellat pro homine*, en su artículo 1.223: "Si la obligación consiste en dar o hacer, el deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del término establecido en la convención=explica MONTEL que bajo el Código abrogado ya la mayoría de la doctrina limitaba el efecto de esta regla a las obligaciones *portables*, y la excluían en las *querables*, o de cumplimiento en el domicilio del deudor o en cualquier otro lugar que no fuera el domicilio del acreedor, porque el deudor -se decía-, no está obligado a ir a ofrecer la prestación, sino que únicamente está obligado, salvo pacto en contrario, a efectuarla en el momento en que el acreedor haya ido a requerírsela a su domicilio o al lugar fijado a este efecto. Por ello, no basta que llegue el *dies* para entenderlo constituido en mora, sino que continúa siendo necesaria la interpelación. Para MONTEL, *op.cit.*, p.128, en realidad no se trata de una cuestión de interpelación sino de cumplimiento. Si el acreedor no se presenta, el deudor no incurre en mora, no ya porque la *interpellatio diei* no sea eficaz y sea necesaria una verdadera interpelación personal, sino porque el deudor no tiene modo de cumplir por una causa inimputable o independiente de él, del mismo modo que se evitaría la mora en el supuesto de una obligación *portable* si el acreedor no se hiciese encontrar en su domicilio o rechazase la prestación injustificadamente.

causante haya podido contraer sin su conocimiento y confirma, por otro lado, el rechazo de la doctrina italiana a la aplicación de la máxima *in illiquidis non fit mora*, porque ni siquiera la ignorancia del crédito o del vencimiento del término exonera a los herederos del obligado de la constitución en mora. Se presume, por tanto, que realizada la intimación por parte del acreedor, el deudor no puede alegar iliquidez porque conoce la existencia de su deuda, ignorancia de la existencia de la obligación que es el único supuesto de verdadera iliquidez exoneratoria de responsabilidad.

De las excepciones que se hacen a la interpelación parece que la función que esta formalidad cumple es la de poner de manifiesto la exigibilidad inmediata por parte del acreedor que quiere el cumplimiento de su obligación. Ya se ha dicho, y la mayor parte de la doctrina italiana está de acuerdo, que la fijación de un plazo en el contrato sirve para determinar el momento en el cual surge la obligación de cumplimiento y el derecho del acreedor a exigir su deuda. Esto no significa que se deba cumplir inmediatamente, ni que el acreedor haya exigido la prestación. Con la fijación de un plazo, salvo que expresamente se diga así en el contrato, no se elude el requisito general de la interpelación. Esta cumple la función de manifestar al deudor la exigencia inmediata de la prestación. El ejercicio de la exigibilidad de la obligación se lleva a cabo mediante una intimación al deudor. A partir de este momento el deudor, que no ha cumplido desde el momento del vencimiento, no podrá alegar nada a su favor para excusar su falta de cumplimiento. Cuando la obligación no tiene un plazo prefijado de cumplimiento se entiende que es exigible inmediatamente, esto quiere decir que el acreedor *podrá exigir* el cumplimiento desde el momento mismo en que se contrajo, pero nada más. En consecuencia, se puede decir que el requerimiento es el acto mediante el cual el acreedor

ejercita su derecho a exigir la prestación, derecho que surge desde que el término que se ha pactado vence o desde el momento en que se contrajo la obligación si no se pactó plazo alguno de cumplimiento. Desde la perspectiva del obligado al cumplimiento, se puede afirmar que el deudor no lo está sino desde que vence la obligación o se contrae sin término alguno, todo acto de cumplimiento que realice antes de este momento ha de entenderse como un pago anticipado con las consecuencias que este modo de cumplimiento genera en la propia relación obligatoria. Si el deudor, vencido el término, no cumple, podrá alegar y probar para exonerarse de su responsabilidad el acaecimiento de un caso fortuito. Pero si el acreedor ha ejercitado su derecho a exigirle el pago o cumplimiento serán de su cuenta todos los casos fortuitos y no podrá exonerarse de esta responsabilidad más que probando que la prestación se hubiera visto igualmente afectada por el suceso fortuito de haberse cumplido a tiempo, y que, en consecuencia, el deudor no ha sufrido daño alguno por su retraso.

Se ha hablado antes del rechazo general en el sistema contractual italiano de la máxima *in illiquidis non fit mora*. Los autores, aunque tratan este tema en sede de constitución en mora, lo hacen siempre en referencia a un presupuesto que no deja de ser anterior a la mora del deudor: la imputabilidad del retraso al deudor. Ya se ha dicho que en ningún ordenamiento se exige la imputabilidad en el retraso como presupuesto explícito de la constitución en mora. Esto es así, no sólo por el tenor literal de las normas que prevén este instituto en las que nada se dice al respecto, sino porque difícilmente se puede llegar al escalón de la mora del deudor si el retraso, o cualquier otro tipo de incumplimiento contractual, no le es imputable al deudor. Si no le es imputable, la obligación se extingue y, por consiguiente, no se genera ninguna

responsabilidad para el deudor.

Pues bien, al tratar el tema de la imputabilidad del incumplimiento, los autores introducen el problema de la aplicación de la regla *in illiquidis non fit mora*, que como se comprobó en los dos primeros capítulos de este trabajo, no tiene su origen en el Derecho romano, sino que fué de creación medieval. En primer lugar, se preguntan sobre el concepto y contenido mismo de la liquidez. ¿Qué se debe entender, con fines exoneratorios de la responsabilidad por el incumplimiento, por iliquidez de una deuda o de una obligación?, ¿es una imposibilidad sobrevenida de la prestación?, ¿es una causa imputable al acreedor?. No le falta a razón a VISINTINI¹ cuando dice que la jurisprudencia de la Corte de Casación y algún sector doctrinal, al afirmar que sólo existe *mora debendi* cuando el retraso es injustificado y puede adscribirse a dolo o culpa del del deudor, no se han dado cuenta de que se trata de una afirmación redundante que sólo tiene la finalidad de volver a aplicar al terreno de la mora los principios generales que regulan la responsabilidad contractual y, ya que no se puede dudar de que en el sistema del Código civil los criterios de imputación de la responsabilidad son los mismos para el caso de retraso que para cualquier otro tipo de contravención, la solución a la cuestión debe ser conectada a la tesis que se acoja en materia de incumplimiento. En este trabajo únicamente en sede de incumplimiento se planteará la cuestión de la culpabilidad del deudor en el retraso y no en el de la situación de mora del deudor, porque, difícilmente se puede hablar de mora si no hay retraso jurídicamente relevante. Parece erróneo e incongruente, si se afirma que la constitución en mora es únicamente

¹ Vid, *Inadempimento e mora*, op.cit., p.431 y ss.

el vehículo jurídico establecido por el ordenamiento para hacer pesar sobre el deudor algunos efectos (traslación de todos los riesgos contractuales e intereses moratorios) que no se le atribuirían sin ella, concluir que es necesario el requisito de la imputabilidad.

El principio de la liquidez de la obligación está íntimamente unido al principio de su exigibilidad. Al igual que se negó la aplicación de la máxima *dies interpellat pro homine* sin previo acuerdo expreso de las partes contratantes, en su relación con el requisito del vencimiento de las obligaciones, éste mismo recorrido se debe hacer para aclarar la aplicación de esta regla de la liquidez en relación al requisito de la exigibilidad y de la imputación del incumplimiento al deudor.

El problema de la liquidez del crédito se pone siempre en conexión con el de la imputabilidad del deudor. No es extraño leer en la jurisprudencia italiana consideraciones como esta: "En nuestro ordenamiento no ha sido recibido el principio *in illiquidis non fit mora*. Con fines de la atribución de intereses moratorios es necesario que el retraso sea injustificado, según los criterios que regulan la responsabilidad contractual (en el caso concreto se ha estimado justificado el retraso en el pago de los honorarios de un profesional que había enviado al cliente una minuta, que fué rechazada por éste y posteriormente liquidada por el Consejo de la Orden de los Abogados en una cuantía inferior)" (Cass. 12 de enero de 1976, n.73): O la de la Pretura de Lodi de 12 de marzo de 1979, Ferri-Abbà Bianchi en la que se estima que: "Aun siendo ajeno al sistema en vigor el principio *in illiquidis non fit mora*, la morosidad por falta de pago de los aumentos del canon arrendaticio en correspondencia al acuerdo entre las partes por una mejora de los locales habitados, se configura solo

*si el arrendador, incluso sin ser necesaria una formal constitución en mora, en cumplimiento del principio de la buena fe, ha requerido concretamente el aumento al arrendatario". O la de la Pretura de Cassino de 26 de junio de 1968 en la que la iliquidez se basaba en la ignorancia de la persona del acreedor: "El incumplimiento sea a efectos del resarcimiento de los daños (art.1.218) que a efectos de la resolución de los contratos (art.1.453) debe ser imputable a culpa del deudor. La muerte del acreedor no es, de por sí, impedimento justificativo del retraso de la prestación, estando obligado el deudor a verificar si se ha abierto la sucesión y si existen herederos legitimarios. Cualquier deudor, efectivamente, asume el riesgo conectado a las perturbaciones normales de la relación obligatoria, del agravamiento de la prestación consistente en la búsqueda de los herederos a la muerte del acreedor". En el mismo sentido, la observación del Tribunal de milán de 23 de diciembre de 1982 en la que se dice que "La incertidumbre sobre la persona legitimada a recibir el pago no excluye la reponsabilidad por retraso en el cumplimiento". En la siguiente se exonera al deudor por la *difficultas praestandi* por considerar que no le es imputable: "Los intereses moratorios y el mayor daño previstos en el artículo 1.224 C.c. presuponen, incluso cuando la obligación tenga un contenido pecuniario, un incumplimiento culpable que está excluido cuando el obligado demuestre que el retraso es imputable a la complejidad de las operaciones que se le han impuesto, y en consecuencia, inevitable, no obstante la conducta diligente observada".*

Siguen siendo todavía hoy muchas las sentencias que acogen la iliquidez de la deuda para negar la efectividad de la constitución en mora del deudor, pero, si se estudia detenidamente se observa que no es la liquidez de la deuda lo que exonera al deudor de

su responsabilidad, sino exclusivamente la imputabilidad de tal causa al acreedor o a un tercero. La iliquidez en este caso no le es imputable al deudor, no por tratarse de un caso fortuito, sino porque le es imputable a la otra parte por no haber cooperado o, incluso, haber dificultado el correcto y exacto cumplimiento de la obligación. Aun así, hay que tener en cuenta que en ningún lugar o norma codificada se exige para hablar de constitución en mora que el crédito sea líquido. En el Código civil italiano, por ejemplo, existe una norma, el artículo 1.282, específicamente prevista para los créditos líquidos y exigibles que hacen devengar intereses de pleno derecho desde el día de su vencimiento. Lo que no significa que sólo las sumas líquidas puedan hacer correr intereses, lo único que viene a establecer es que para el resto, las ilíquidas, será necesaria la interpelación¹. Cuando se trata de sumas de dinero, los daños consisten, por regla general, en el pago de los intereses devengados desde el día del vencimiento o de la interpelación, dependiendo del supuesto de mora que se contemple, sin que el acreedor esté obligado a justificar pérdida alguna y, por otro lado, de modo general, está determinado que los daños se deben por la pérdida sufrida, salvo las excepciones establecidas en la ley (art.1.227 C.c) y ésta sobre la iliquidez no dice nada.

Para resolver esta cuestión hay que volver sobre los pasos ya dados. ¿Qué exonera al deudor de su responsabilidad y, en consecuencia, de la posibilidad de ser constituido en mora?. El caso fortuito o la imposibilidad absoluta sobrevenida no imputable. Antes de llegar al juicio de la imputabilidad habrá que verse si es una imposibilidad absoluta y objetiva. ¿Es la iliquidez una imposibilidad absoluta que impide

¹ En este sentido, *MONTEL, op.cit.*, p. 287, y la doctrina que allí se cita.

de hecho el cumplimiento de la obligación?. ¿Imposibilita la iliquidez el cumplimiento?. Para algunos autores, ya en esta parte del juicio, se debe negar la consideración de imposibilidad absoluta a la iliquidez, porque la prestación aún ilíquida es posible. Si el deudor estima excesivo el requerimiento del acreedor, sabiendo que debe parte de lo que le pide, y no se la ofrece, paga o consigna, y sostiene que no le debe nada, su defensa – como dice MONTEL¹ – es legítima por la parte excedente, pero no lo es por la que debe y, en consecuencia, en relación a ésta última deberá ser considerado justamente incurso en mora. Si el acreedor no hubiera querido aceptar el pago que le ofrecía, no existirá mora porque el propio acreedor ha impedido el cumplimiento del deudor. De aquí se extrae todavía otra conclusión: si el deudor está convencido de deber una suma inferior a la que después resulta que debe realmente y, en consecuencia, ofreció sólo ésta, el acreedor la puede rechazar justificadamente (art.1.246 C.c) y la errónea convicción del deudor no le valdrá para evitar la mora en toda la suma, porque para el art.1.225 C.c. es indiferente que el deudor sea de buena o mala fe: para liberarse sólo puede invocar y probar la imposibilidad de la prestación producida por una causa que no le es imputable, y que en este caso no existe².

Si la incertidumbre del deudor versa sobre la existencia misma de la obligación, tampoco el principio *in illiquidis non fit mora* puede ser acogido de manera absoluta, en opinión de gran parte de los autores. Si el retraso en el cumplimiento se ha debido a que en el momento del vencimiento desconocía absolutamente la existencia de su

¹ Vid., *Mora del debitore*, op. cit., p.290.

² Vid., toda la Jurisprudencia citada por MONTEL, a favor y en contra de esta teoría, op.cit., p.293, nota 1 y 2.

deuda habrá de analizarse si le es imputable o no tal desconocimiento. Por ejemplo, que muerto el acreedor no se haya abierto la sucesión y en consecuencia se desconozca quiénes son sus herederos. En este caso se dice que el deudor podía haberse exonerado de su responsabilidad y de la constitución en mora si hubiera realizado la consignación de la cosa. Otro caso frecuentemente alegado para negar la aplicación del principio de la iliquidez es el de que muerto el deudor sus herederos desconozcan la existencia de la deuda, supuesto contemplado en el artículo 1.219 del Código civil que exige que transcurran ocho días desde la interpelación para entender constituido en mora al deudor-heredero.

El último supuesto contemplado por el Código civil italiano (art. 1.220) y que excluye la mora del deudor es que caso de que éste haya llevado a cabo una "oferta formal" de cumplimiento, sin exigir forma alguna, en el momento oportuno y el acreedor se haya negado injustificadamente a recibirla. Es un caso de *mora creditoris* que como se sabe excluye la del deudor. La mora del acreedor, desde el Derecho romano, purga la del deudor, o lo que decía el Proyecto de Código civil español de 1851, la mora posterior perjudica a la anterior. Este supuesto hace referencia no sólo a la *mora creditoris* y a su aplicación a las obligaciones unilaterales, sino también al allanamiento al cumplimiento que debe haber cuando se trata de obligaciones bilaterales. Un contratante no puede ser constituido en mora si el otro también lo está.

III.- LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR EN EL B.G.B.

ALEMÁN¹.

El estudio del sistema de responsabilidad por lesión del derecho de crédito en el ordenamiento alemán debe partir de las *Leistungsstörungen* o causas y eventos que impiden la exacta ejecución de la prestación y que, por consiguiente impiden al acreedor la satisfacción de su interés². Las hipótesis previstas en el B.G.B son dos: la imposibilidad sobrevenida de la prestación (*Unmöglichwerden*) regulada en los parágrafos 275-283 y 323-325, y la mora del deudor (*Verzug*) en los 284-289 y 326

¹ Para elaborar este epígrafe se han tenido en cuenta principalmente, y las notas que en ellas se citan, las obras de A.DERNBURG, *Pandette*. vol.2º, *Diritto delle obbligazioni*, 6ª ed. migliorata in collaborazione con G.BIERMANN. Primera traducción italiana de F.B.CICALA. Turin, 1903; D. MEMMO, *La responsabilità per inadempimento contrattuale: il modello tedesco*, en *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F.GALGANO, ed Zanichelli, Bologna, 1992; LENNECERUS, *Derecho de obligaciones*, 11ª ed., traducida por Pérez González y Alguer a la 35ª ed. alemana, vol.I. Ed. Bosch. Barcelona, 1933; ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, traducida por Pérez González y Alguer, 2º tomo: *Derecho de obligaciones*, vol.I. Ed. Bosch. Barcelona; ENNECERUS-LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, traducción de la 35ª ed. alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Pérez González y Alguer, vol.1º, *Doctrina general*. Ed. Bosch. Barcelona, 1933; K.ZWEIGERT-H.KÖTZ, *Introduction to comparative law* (traducción inglesa de T.WEIR), 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1993; H.PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, Traducción directa de la 3ª ed. alemana por C.Melon Infante, ed.Bosch, Barcelona, 1957; J.W.HEDEMANN, *Derecho de obligaciones*, vol.III., Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por J.Santos Briz, Ed.Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; H.A.FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, Traducido del alemán con concordancias y un apéndice sobre el Derecho español por W.Roces, Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928; CODIGO CIVIL ALEMAN (BGB), Traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950 por C.Melon Infante, Ed. Bosch., Barcelona, 1955; H.KRONFE, *Progetti di una nuova codificazione del diritto delle obbligazioni nella Repubblica Federale Tedesca*, en *Rivista di Diritto commerciale*, 1982, I, p.51 y ss.; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, traducido por Fadda y Bensa, vol.II, Turin, 1930; L.ARNDS, *Trattato delle Pandette*, versione di F. Serafini, vol.II, 3ª ed. italiana riveduta e arricchita di moltissime note, Bologna, 1880.; K.LARENZ, *Derecho de obligaciones*, tomo I, versión española y notas de J.Santos Briz, ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1958.; HARTMANN, *Die obligation - Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875 y el comentario que de su doctrina hace L.DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, ed. Giuffrè, Milán 1964, especialmente en las págs.166 y ss.

² Vid. D. MEMMO, *La responsabilità per inadempimento contrattuale, il modello tedesco*, en *Atlante di Diritto privato comparato*, dirigido por F. GALGANO, Ed. Zanichelli, Bologna, 1992, pp.120.

del B.G.B¹. El deudor es responsable de los daños originados por lo no cumplimiento de su obligación si éste le es imputable. La constitución en mora del deudor incumplidor que no ha cumplido a tiempo o correctamente su obligación (*bei rechtzeitiger Leistung*) es, también para los alemanes, un fundamento de agravación de la responsabilidad, puesto que queda obligado no sólo al cumplimiento posterior de la obligación, sino a responder de cualquier tipo de imposibilidad sobrevenida o fortuito y a abonar, tratándose de obligaciones pecuniarias, los intereses moratorios que surgen o nacen de esta situación jurídica.

Ante la dificultad para abarcar en estos dos institutos todos los supuestos de incumplimiento obligacional que se pueden dar en la realidad, la doctrina construyó la figura de las llamadas "*positive Vertragsverletzungen*" o lesiones positivas del contrato para incluir en ella los supuestos, no contemplados legislativamente, de cumplimiento defectuoso (*Schlechtleistung*) y de incumplimiento de los deberes accesorios (*Verletzung von Nebenpflichten*).

La violación de un derecho de crédito puede consistir en hacerse imposible el cumplimiento, en un cumplimiento de modo no pertinente, en retrasarse la prestación de un modo contrario a Derecho o en obrar de otra manera en contra de la obligación. A este último caso se le suele calificar modernamente (aunque sin pleno acierto) de violación o infracción positiva del contrato.

¹ La referencia que se hace a los preceptos del B.G.B. son los traducidos por MELON INFANTE en el *Código civil alemán*, editorial Bosch, Barcelona, 1955

Pero, en todos estos casos, sólo ha lugar a la responsabilidad del deudor, si la circunstancia (v.gr. la conducta u otro acontecimiento), que afecta a la violación del crédito es imputable al deudor, o sea, cuando éste es responsable de algún modo de la incidencia de esa circunstancia.

Consiguientemente se ha de tratar de los siguientes extremos: la imposibilidad imputable al deudor, el retraso en la prestación imputable al mismo, y ésto es, posible de constituir en mora del deudor, y, finalmente, las demás violaciones del crédito imputables al deudor, llamadas, de otro modo, violaciones positivas del contrato. Con estas palabras, que sirven en este punto de resumen o de aclaración de ideas, ENNECERUS-LEHMANN trazaban, de modo sistemático, las fuentes y causas de responsabilidad contractual del deudor por el incumplimiento de la obligación pactada.

Esta heterogeneidad de posibles causas de responsabilidad contractual viene favorecida, como ya se ha dicho, por el hecho de que en el ordenamiento jurídico alemán no existe, una norma similar al art.1.101 de nuestro Código civil, al 1.218 del C.c. italiano o al 1.147 del francés, es decir, una noción unitaria de incumplimiento contractual, y ni siquiera un concepto o definición legal de responsabilidad.

Los supuestos de incumplimiento contractual contemplados por el B.G.B. son los siguiente. El deudor incumple:

1º.- Dejando totalmente incumplida la obligación, que es lo que entre nosotros se califica de incumplimiento definitivo. Es definitivo el incumplimiento bien porque la

prestación ha devenido absolutamente imposible, bien porque el acreedor carece de interés en un cumplimiento posterior.

2º.- Si cumple la obligación pero con retraso. El supuesto en realidad contemplado, cuando los autores hacen referencia a él, es el que debería definirse como aquel incumplimiento retrasado en el que existe la posibilidad de cumplir con posterioridad. Precisamente es la nota características de los incumplimientos tardíos o temporales la incertidumbre que existe en si se cumplirá posteriormente la obligación o quedará definitivamente incumplida. Para poder hablar de retraso es necesario que la obligación esté vencida (lo que trae como consecuencia su exigibilidad) y que cumplida posteriormente satisfaga el interés del acreedor.

3º.- Si cumple la obligación defectuosamente. Este tercer supuesto contemplado ha sido regulado por los demás ordenamientos a los que hasta ahora se ha hecho referencia. El problema que surge frente a los incumplimientos defectuosos, que no dejan de ser incumplimientos puesto que no se ajustan al programa prestacional pactado, es el de delimitar los medios de defensa que se le conceden al acreedor que lo sufre. Si la doctrina continúa pensando que se trata de verdaderos cumplimientos, aun siendo defectuosos, además de potenciar este tipo de lesiones contractuales, se negará la posibilidad de actuar los medios de defensa del derecho de crédito que la ley otorga a cualquier tipo de incumplimiento y no se vé la razón de restringir la utilización de estos remedios en estos supuestos, que por otro lado tan frecuentes en el tráfico jurídico.

4º.- El deudor incumple si realiza una prestación parcial. Este tipo de incumplimiento no aparece como autónomo en ninguna de las clasificaciones que realizan los autores

y ello se debe seguramente a que o bien lo consideran inserto en los incumplimientos retrasados o en los defectuosos. En este trabajo se prefiere otorgarle una naturaleza jurídica propia puesto que no necesariamente comparte las características de los anteriores y será importante a la hora de determinar el funcionamiento de la constitución en mora en este tipo de incumplimientos y sirve igualmente para demostrar la imposibilidad de la constitución en mora en las obligaciones negativas que, si son de cumplimiento instantáneo o bien se cumplen o bien se incumplen definitivamente, y si son de tracto sucesivo, son obligaciones parciales susceptibles de ser divididas en el tiempo en cuyo caso habrá incumplimiento definitivo en la parte que no se haya cumplido.

Cuando se está en presencia de cualquiera de estos supuestos se debe analizar y enjuiciar el motivo o causa por la que el deudor ha incumplido, puesto que será el dato determinante para atribuirle una especial responsabilidad o no hacerlo¹. Una cosa

¹ Con esta término "especial responsabilidad" se quiere recalcar la diferencia que existe entre los incumplimientos dolosos y no dolosos en relación a la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios. En este trabajo, como se sabe, se defiende la teoría de DIEZ-PICAZO de que la única diferencia que debe hacerse cuando se está tratando el tema del incumplimiento bajo la óptica de los daños y perjuicios es la de incumplimientos dolosos y no dolosos, puesto que es ésta la única distinción de trato existente en el Código civil español, y también en los extranjeros. Los incumplimientos dolosos están sancionados, reprochados por el ordenamiento, puesto que se trata de voluntades deliberadamente tendentes al incumplimiento. Los no dolosos no se sancionan, no se conectan con ningún tipo de idea punitiva, pero los daños que causa cualquier incumplimiento deben ser compensados o resarcidos. Es por ello, que el artículo 1.107 del Código civil español aumenta la cuantía de la indemnización, al igual que lo hacen los ordenamientos extranjeros, y no permite el pacto o cláusula de exoneración. Por ello y en otro orden de cosas, en este estudio se defenderá que la reiterada alusión a la "voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento" construida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para estimar la resolución de los contratos y la responsabilidad contractual del deudor incumplidor cuando el supuesto que se le plantea se encuentra en una zona de las que se han denominado "grises" de los fundamentos de responsabilidad, en el fondo está requiriendo un comportamiento doloso en el deudor, cosa que no es aceptable con el ordenamiento en la mano. En esta misma línea se encontraría la declaración expresa del deudor de no querer cumplir, contemplada legislativamente por los italianos como un supuesto de mora automática y negada en este estudio comparado por tratarse de un supuesto de incumplimiento definitivo doloso. También se tratará más adelante si el hecho de haberse constituido en mora al deudor no solamente agrava su responsabilidad en cuanto a los riesgos de los que debe responder, sino si también agravará la cuantía de los daños que deba resarcir en caso de que no cumpla definitivamente o la prestación devenga imposible, al tratarse de incumplimientos dolosos.

es que el deudor haya incumplido por no haber realizado la prestación o por haberla ejecutado tarde o mal, y otra es que deba, en todo caso, responder por ello. El principio que sirve de guía en este ordenamiento es el de que el incumplimiento genera, en principio, responsabilidad del incumplidor, siempre que le sea imputable (*Vertretenmüssen*), responsabilidad que, como ocurre en los demás sistemas jurídicos, se concretará en la indemnización de los daños y perjuicios, la acción de cumplimiento, la de resolución y la *perpetuatio obligationis* (si el acreedor, en principio, cumple con la exigencia de la intimación o requerimiento).

Al igual que en nuestro ordenamiento, en el sistema germánico de responsabilidad por incumplimiento el deudor responde, si no se ha previsto otra cosa, por dolo y por culpa-negligencia en cualquier grado (§ 276 B.G.B.). En algún supuesto, por caso fortuito (§ 287, 678, 848) y por dolo exclusivamente sólo se responde en casos extraordinarios (§ 826). Pero, el deudor, en el ordenamiento alemán, responde también por la llamada "imposibilidad sobrevenida" que impide la correcta o total realización de la prestación debida, cuando ésta le sea imputable (se retoma, una vez más, el problema de clasificar esos supuestos de impedimentos que se encuentran en lo que se ha denominado "zona gris" de imputabilidad, en la que la causa del impedimento a priori no se sabe si es imputable o no, pero tampoco se trata de un caso claro de dolo, de culpa o de caso fortuito). Se puede afirmar que, en principio, en la regulación que se hace en el BGB no existen diferencias sustanciales con los sistemas de responsabilidad fijados por los demás ordenamientos. El deudor responde por el incumplimiento, no justificado, de su obligación.

Es la imposibilidad de la prestación el punto de partida del sistema de responsabilidad contractual alemán. A partir de la construcción de esta figura como impedimento, imputable o no al deudor, se desarrolla toda la estructura de los efectos que el incumplimiento de las obligaciones genera. El deudor incumple de los modos que más arriba se han clasificado. Estos incumplimientos pueden deberse a cuatro causas o motivos diferentes: el dolo, la negligencia, el fortuito y esa zona gris, que una vez más vuelve a aparecer aquí, que no entra estrictamente en ninguno de aquéllos. Es lo que en todas las doctrinas se viene denominando "imposibilidad sobrevenida de la prestación". Habitualmente suelen ponerse como ejemplo de estos impedimentos la huelga de los trabajadores, la enfermedad del deudor, el *factum principis*, la insolvencia del deudor, el error sobre la cuantía de la deuda, sobre la persona del acreedor, sobre la existencia de la obligación y todos aquellos casos que no se pueden calificar directamente de negligencia propia del deudor, ni fácilmente de caso fortuito. Son supuestos que, en principio y rigurosamente, no entran en la clasificación que los ordenamientos jurídicos tradicionales del siglo diecinueve, hacen de los fundamentos de la responsabilidad. Todos ellos, incluido el alemán, sólo hablan de dolo y culpa. Seguramente porque en los tiempos de la codificación no eran previsibles los avances tecnológicos, ni tan habituales estos impedimentos ajenos a la "normal" diligencia exigida. Sin embargo, como se verá más adelante, el Código civil alemán prevé y regula la responsabilidad del deudor por los hechos de sus auxiliares, la responsabilidad del deudor de una suma de dinero y de obligaciones genéricas, todo lo cual parece avanzar la idea de que se defendía una objetivación de los criterios de imputabilidad del responsabilidad del deudor incumplidor.

Los preceptos del B.G.B reguladores de la constitución en mora del deudor, como ya se ha dicho, no se distinguen especialmente de los hasta ahora estudiados y tampoco los relativos a la indemnización de daños y a la distribución de riesgos por la imposibilidad sobrevenida de prestar. Esto se demuestra leyendo lo que se dispone en el parágrafo 276: *"El deudor, en tanto no esté determinada otra cosa, ha de responder del dolo y de la culpa. Obra culposamente quien desatiende la diligencia exigible en el tráfico...La responsabilidad a causa de dolo no puede ser anticipadamente dispensada al deudor"*. La medida de la culpa, a decir de DERNBURG es, en principio, toda, incluso la leve. Esta declaración del BGB no causa estupor alguno después de haber analizado los Códigos civiles francés e italiano. Que se responde por dolo y por negligencia no se puede poner en tela de juicio. Sin embargo, sí deberá dudarse de si se trata de los únicos fundamentos de responsabilidad, previstos y admitidos por el Código civil alemán.

El parágrafo 275, por su parte, establece que: *"El deudor queda libre de la obligación a la prestación siempre que ésta se haga imposible a consecuencia de alguna circunstancia de la que no ha de responder (vertreten) ocurrida después del nacimiento de la relación obligatoria. A una imposibilidad sobrevenida (Unmöglichkeit)¹ después del nacimiento de la relación obligatoria se equipara la imposibilidad del deudor (Unvermögen)² para la prestación sobrevenida con posterioridad"*. Con esta norma se comprueba una vez más, que es la imposibilidad sobrevenida de la prestación no

¹ El término *Unmöglichkeit* hace referencia a una imposibilidad objetiva de la prestación.

² El término *Unvermögen* hace alusión a la imposibilidad subjetiva, la que afecta a la persona del deudor.

imputable la única causa que exonera al deudor de su responsabilidad por el incumplimiento.

Una de las consecuencias o efectos que se derivan de la imputabilidad del incumplimiento es la indemnización de los daños y perjuicios causados al acreedor. El parágrafo 280 BGB lo dispone del siguiente modo: *"Siempre que la prestación se haga imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder el deudor ("der Schuldner zu vertreten hat"), éste ha de indemnizar al acreedor el daño causado por el incumplimiento. En el caso de imposibilidad parcial, el acreedor, rechazando la parte de prestación aún posible, puede exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento de toda la obligación, si el cumplimiento parcial no tiene para él ningún interés. Se aplican oportunamente las disposiciones existentes en los parágrafos 346 a 356 para el derecho de resolución convencional"*. LARENZ¹ explica la obligación de resarcir los daños causados por el incumplimiento, no ya desde el juicio de reprochabilidad o sancionatorio, como hacen los culpabilistas puros, sino desde la idea de resarcimiento integral del interés lesionado del acreedor. A juicio de este autor, "la relación debitoria es un todo existente en el tiempo, integrado de relaciones jurídicas entre determinadas personas, dirigido a una finalidad, cual es *la satisfacción del acreedor*. La obtención de este objetivo depende en parte de la conducta del deudor y en parte también de otras circunstancias que pueden impedir su realización. Cuando tienen lugar estas circunstancias o la conducta del deudor no corresponde a las exigencias que para él derivan de la relación obligatoria, surge la cuestión de si el

¹ Vid., LARENZ, *op.cit.*, p.279.

deudor es *responsable* por ello. Si es éste el caso, la ley impone, según la clase de infracción de deberes de que se trate, una obligación de resarcir daños, mediante la cual quede a cubierto, en cuanto sea posible, el interés del acreedor. Por el contrario, si el deudor no es responsable del impedimento que imposibilite a la prestación, entonces, el acreedor ha de permitir que, tratándose de un contrato bilateral, aquél quede liberado de su obligación de realizar la contraprestación. Al problema de hasta dónde el deudor ha de responder frente al acreedor por sus propios actos o en virtud de otras circunstancias contestan los parágrafos 276–279. Estos regulan únicamente la cuestión de *por qué responde*, pero no de la relativa a las consecuencias jurídicas que, en particular, se produzcan cuando el deudor sea responsable". Parece que LARENZ defiende un sistema de responsabilidad contractual objetivo en el sentido de que si bien se puede hablar de responsabilidad por culpa, ésta no está reñida con la defensa de la objetividad de la responsabilidad, puesto que culpa no hace solamente referencia a la diligencia propia del deudor en el cumplimiento de las obligaciones, sino que alude a todo aquello de lo que se le haga responder, a todo aquello que le sea imputable, además de la diligencia. A todo lo que no sea dolo. Dice LARENZ: "Hablamos de conducta *culposa* cuando al agente le alcanza personalmente un reproche. Esta censura se funda en que en el caso concreto hubiera debido o podido obrar de otra forma, en que, por tanto, se ha conducido injustamente cuando hubiera sido posible conducirse rectamente con la necesaria diligencia, o atención o "buena voluntad". La libertad de poder obrar de otra forma y la desconsideración que, a pesar de ello, se muestra hacia la norma, son los elementos de toda inculpación obligacional. El hombre es culpable de sus actos y de las consecuencias de éstos en tanto sea responsable de ellos personalmente, según una ley ética fundamental. En esta responsabilidad va reconocida al mismo tiempo su

personalidad y su vinculación a las normas morales y jurídicas". Leyendo esta explicación del autor al sistema de responsabilidad parece dar a entender que defiende la idea de la responsabilidad por culpa-diligencia y que sólo cuando se puede hacer un juicio moral y jurídico de reproche al deudor por su incumplimiento, éste será tenido en cuenta. Sin embargo, acto seguido desarrolla esta tesis en los siguientes términos: "...En lo dicho, así como en las presunciones *iuris tantum* de deuda establecidas en la ley, hay una *ampliación de la responsabilidad por encima del estrecho marco del principio de la culpabilidad*. Una debilitación de este principio significa la fórmula "objetiva" en la apreciación de la negligencia que prevalece en la práctica... Y después de todo lo expuesto, podremos decir que la responsabilidad del deudor dentro del ámbito de una relación obligatoria preexistente se puede extender notablemente más allá del principio de la culpabilidad, ya que al lado de la responsabilidad fundamental que existe siempre en virtud de la propia conducta culposa, tiene lugar en ciertos casos una responsabilidad "objetiva" del deudor, en parte por actos de otras personas y en parte también a consecuencia de la obligación contraída". En este punto se pregunta LARENZ por la justificación de la admisión de una responsabilidad objetiva si como se viene diciendo tradicionalmente las reglas de responsabilidad alemanas proceden de la recepción del Derecho romano¹ y en éste sólo se respondía por culpa y dolo. La base o fundamento de la responsabilidad objetiva la encuentra el autor en la *obligación de garantía del deudor*. Se debe partir, como en el Derecho inglés -dice LARENZ- de que en el origen o nacimiento contractual de una obligación radica la garantía de su cumplimiento total

¹ En este trabajo ya se ha puesto de manifiesto la opinión mayoritaria de los romanistas a favor, según la demostración que ellos mismos han hecho, de la existencia de un Derecho obligacional y de una responsabilidad contractual objetiva en época clásica, interpolada en gran parte por los justinianos y bizantinos y glosada por último por los exégetas del Derecho Común.

y oportuno y con ella, al mismo tiempo, la promesa de responder al acreedor de todos los perjuicios que se le puedan originar por el incumplimiento total o por el no cumplimiento en tiempo oportuno¹. Idea de obligación de garantía que no es extraña al Derecho alemán y por lo tanto, puede afirmarse que el Derecho alemán actual parte del principio de la culpabilidad, pero lo limita en diferentes aspectos en favor de una garantía situada en la promesa de deuda, mientras que el Derecho inglés opera a la inversa. Parte de la idea del deber de garantía, pero ampliamente limitado a favor del deudor. El principio de la culpabilidad, —crítica LARENZ—, es menos riguroso en comparación con la obligación de garantía, y se corresponde en mayor medida a un ordenamiento jurídico que tenga en cuenta la "buena fe" y la "equidad". El deber de garantía corresponde al "*strictum jus*" y con ello, por entero a un ordenamiento jurídico que se apoya en supuestos de hechos sencillos, en resultados claros ("un hombre, una palabra") y supone un arma peligrosa en manos del acreedor. El principio de la culpabilidad, que extrae su fuerza de convicción de la idea de responsabilidad personal, corresponde a la conciencia ética y a la refinada sensibilidad jurídica de nuestro tiempo. Pero de la más rigurosas exigencias del Derecho antiguo algo subsiste todavía en nuestro ordenamiento jurídico y se impone a cada instante. El tráfico jurídico no se puede desarrollar sin una cierta *objetivación de la responsabilidad*. Por consiguiente, al lado del principio de la culpabilidad se afirma la idea de una obligación de garantía o en general una responsabilidad objetiva del deudor, aunque sólo en el sentido de una debilitación de aquel principio". En el momento en que fueron pronunciadas estas palabras, sin duda, el impacto, aunque estuvo precedido de un maestro objetivista como

¹ En este punto cita el autor la obra de RHEINSTEIN, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen recht*, 1932.

IHERING, en la doctrina fué grande. Hasta aquel momento, la mayor parte de los autores alemanes y extranjeros, influídos por las ideas canonistas y por las raíces penales del ilícito civil, defienden una responsabilidad basada en la negligencia y el dolo. Es inadmisibles hablar de una responsabilidad basada única y exclusivamente en el hecho del incumplimiento y en la imputabilidad como concepto general que abarca algo más que estos dos criterios. Sin embargo, el propio BGB admite la responsabilidad del deudor por los auxiliares¹, una responsabilidad total por el fortuito por encontrarse el deudor en la situación de mora, una imposibilidad de exoneración cuando se trata de obligaciones genéricas y pecuniarias y en todos aquellos supuestos que contemple la ley.

HARTMANN² defendió la tesis de lo que hoy se conoce por responsabilidad subjetiva. Para este autor lo importante a la hora de enjuiciar la responsabilidad del deudor por el incumplimiento es el esfuerzo que ha puesto en llevarla a buen fin. La esencia de la obligación –dice– debe revisarse en su finalidad y no en su objeto. Es indiferente el modo en el que se alcanza el resultado, porque es el esfuerzo del deudor en lograrlo lo es lo que se debe enjuiciar, juicio al que se llega mediante la comparación de la diligencia empleada por el deudor para lograr la satisfacción del derecho de crédito del acreedor con la medida que haya establecido la ley o las partes contratantes para la obligación concreta de que se trate. Es un intento inútil – a juicio de este autor– el buscar una regla general y uniforme de responsabilidad que sirva para enjuiciar todos

¹ Que, según la Exposición de motivos del código, II, 30, citada por Larenz, *op.cit.*, p.282, justifica por la razón de que en la promesa de prestación del deudor, el tráfico ve la asunción de una garantía por la conducta normal de aquéllos cuya cooperación a la realización de la prestación le es permitido servirse al deudor. La idea de una garantía, de una especie de afianzamiento (en cuanto a la existencia de la aptitud y conocimientos necesarios, generales o especiales) tiene también importancia para la apreciación de la "culpa objetiva".

² *Vid.*, DEVOTO, *op.cit.*, p.166.

los casos de incumplimiento. Esta tesis de la responsabilidad por los esfuerzos empleados por parte del deudor en el cumplimiento de su obligación ha sido objeto de grandes críticas no sólo por parte de la doctrina alemana sino, en general, por muchos de sus contemporáneos¹.

Es cierto y no se niega que la redacción de los parágrafos 276 a 278 da pie para apoyar la tesis de una responsabilidad por culpa, pero como ya se ha repetido muchas veces en este trabajo, es indiferente llamarla responsabilidad por culpa o responsabilidad por incumplimiento imputable. El BGB establece los criterios del dolo y de la culpa en el parágrafo 276, en el 278 el criterio de la responsabilidad por los auxiliares, en el 287 el de la responsabilidad por mora y en 279 por la imposibilidad de prestar la cosa genérica, incluidas las pecuniarias, todo lo cual permite afirmar que no varía el sistema de responsabilidad trazado en este ordenamiento del previsto en los demás. Se puede seguir diciendo que el incumplimiento provoca la responsabilidad del incumplidor. Se puede seguir diciendo que éste no responde por las causas que hayan provocado su imposibilidad de cumplir de las que no deba responder. También es cierto que el BGB habla de imposibilidades sobrevenidas imputables y no imputables. Imputables son todas aquellas que hagan referencia al dolo, a la negligencia, al hecho de un tercero-auxiliar de su círculo empresarial, a su insolvencia, a la *difficultas praestandi*, a su situación de mora y a la aplicación objetiva de la máxima *genus nunquam perit*. Por todo ello, no se ven diferencias sustanciales entre los sistemas que aquí se han comparado.

¹ En Italia esta idea fue recogida por BARASSI pero modificándola puesto que el art.1.176 del código civil italiano actual (art.1.224 del de 1865) no permite hablar de criterios variantes de diligencia, puesto que se establece el medio de un buen padre de familia, con excepciones más o menos favorables al deudor o para el acreedor.

En consecuencia, no existe dificultad alguna en afirmar que en el Derecho alemán la responsabilidad por incumplimiento es objetiva, puesto que el deudor responde por todas aquellas causas de las que se le haga responder. Se dice en el parágrafo 276 BGB que, salvo que en la propia ley o en el contrato se haya establecido otra cosa, el deudor responde por dolo y por culpa (*Haftung für eigenes Verschulden*). Ahora bien, como ya puso de manifiesto algún sector doctrinal, esta responsabilidad por culpa no debe ser entendida como tradicionalmente ha sido interpretada por la doctrina "subjetivista". No es la negligencia el único criterio tomado en cuenta por el legislador alemán. Si se acude al parágrafo 278 se comprueba que el deudor responde por los hechos dolosos o culposos de sus auxiliares, en el 279 se excluye la posibilidad de liberarse por imposibilidad sobrevenida tratándose de prestaciones genéricas, el 287 agrava la responsabilidad estando constituido en mora el deudor. Todo ello demuestra, que aunque en el BGB se mantiene el tradicional binomio responsabilidad=culpa, éste no hace referencia a culpa tan sólo en el sentido de diligencia empleada, sino al culpa-imputabilidad de la cual la diligencia forma parte. El deudor responde de hechos y circunstancias distintas a su propio comportamiento y es a ésto a lo que se viene denominando responsabilidad objetiva. El reclamo a la "culpa", sin duda, se mantiene no sólo por la recepción del derecho romano justiniano, sino por la tradición del derecho germánico antiguo en el que, como ya se vió más arriba, predominaba la idea de incumplimiento culpable como hecho penalmente reprobable o punible, o lo que actualmente se entendería como imputable. Pero es indiferente que se hable de una responsabilidad por culpa, incluso entendida ésta como la diligencia exigible, o de una responsabilidad objetiva, si todos aquellos supuestos que la ley hace que responda el deudor, que imputa al incumplidor, lo son porque se ha estimado que entran dentro de

la diligencia que le es exigible en el cumplimiento de sus obligaciones, o lo son porque se ha estimado que deben entrar dentro de la distribución de los riesgos que asume cada parte contratante al celebrar el contrato.

ENNECERUS al exponer las razones del establecimiento de una responsabilidad del deudor por los auxiliares ofrece el concepto de culpa-diligencia en la fase del cumplimiento tal y como hasta ahora se ha venido defendiendo en este trabajo. *"La obligación de diligencia no es un deber especial de conducta personal diligente, paralelo al deber de realizar la prestación, sino más bien una cualificación del propio deber de prestación. Si el deudor debe una prestación propia, debe una prestación propia diligente. Si debe la prestación de un tercero, debe la prestación diligente de éste"*¹ No es por consiguiente, la culpa-diligencia el concepto considerado para establecer la responsabilidad contractual, sino el de culpa-imputabilidad que también abarca aquél concepto.

Se vuelve otra vez a comprobar que el problema que sigue vivo en este ordenamiento, como ocurría en el francés y en el italiano, es el de trazar los límites a la responsabilidad y no el de los del incumplimiento. Se sabe que incumplimiento es todo aquello que no sea ejecutar la prestación correctamente, es decir, tempestiva y exactamente (*bei rechtzeitiger Leistung*). Se sabe que el deudor responde por todas aquellas causas de las que legal o convencionalmente esté obligado a responder. Estas son, en principio, el dolo y la culpa. Culpa entendida en el sentido objetivo, es decir,

¹ Vid., ENNECERUS-LEHMANN, *op.cit.*, p.233.

no solamente la diligencia, sino cualquier hecho propio o ajeno que le sea imputable. Se sabe, por último, que se exonera de su responsabilidad por el acaecimiento de una causa o imposibilidad sobrevenida que impide el cumplimiento de la obligación que no le es imputable. Con todos estos datos que aporta el ordenamiento jurídico alemán se puede afirmar que el problema vuelve a ser el trazar o delimitar el concepto de imposibilidad sobrevenida no imputable. Esta delimitación puede hacerse, como ocurría en los sistemas anteriormente estudiados, desde una lectura negativa del concepto de culpa-imputabilidad, es decir, todo lo que no le sea imputable, será imposibilidad sobrevenida exculpe de responsabilidad. Pero, puede llevarse a cabo también, a través de una lectura negativa del caso fortuito, es decir, todo lo que no entre en el concepto objetivo o subjetivo que se elabore de caso fortuito, será imputable al deudor incumplidor. La solución, una vez más, puede encontrarse en las necesidades que se deben cubrir para regular y satisfacer los problemas que actualmente se derivan del tráfico jurídico, porque seguimos convencidos de la inutilidad que supone elaborar una definición detallada y casuística de lo que debe entenderse por imposibilidad sobrevenida imputable o no imputable cuando ésta (la imputabilidad, la previsibilidad y la inevitabilidad) depende en gran parte de los avances tecnológicos, del progreso científico y de las propias partes contratantes, de los riesgos que hayan asumido al contratar. Se afirma la idea de que una misma imposibilidad sobrevenida será imputable al deudor en algunos casos y en otros, sin embargo, deberá excluir la responsabilidad. La única diferencia destacable que existe entre este sistema y el previsto en los demás ordenamientos de su entorno es la concepción que se ha acogido del caso fortuito. El parágrafo 275 del BGB acepta, en principio, la eficacia de los impedimentos fortuitos y sobrevenidos subjetivos como causa de extinción de la obligación y de exoneración

de la responsabilidad del deudor. Sin embargo esta regla sufre numerosas excepciones a lo largo de todo el Código¹.

Pero afirmar si en el BGB se contempla una responsabilidad "objetiva" o "subjetiva" también se puede comprobar analizando el régimen probatorio que establece para el caso de incumplimiento contractual. Ya se ha dicho anteriormente que, por regla general, la doctrina subjetivista pura defiende la idea de que no hay incumplimiento sin culpa, y, por consiguiente, corresponde al acreedor que alega el incumplimiento probar la culpabilidad del deudor. Se ha visto, también, que ante la contradicción de esta teoría con las reglas probatorias previstas por los ordenamientos, esta doctrina ha corregido su tesis invirtiendo la carga de la prueba, mediante la afirmación de que el el Código existe una presunción de culpa del incumplidor. Es decir, ante un incumplimiento ha de presumirse la culpabilidad del deudor y, consiguientemente, deberá ser éste quien deba aportar la prueba de la diligencia empleada.

Por el contrario, la doctrina que se viene denominando "objetivista", estima que por el solo hecho del incumplimiento el deudor es responsable (no es necesario presumir nada, puesto que el incumplimiento es un hecho al que se le conecta una consecuencia jurídica). Todo incumplimiento es, en principio, imputable a su autor y éste sólo podrá probar para exonerarse de su responsabilidad que, efectivamente no le es imputable, porque se debió a un suceso fortuito, que no pudo ni prever ni evitar.

¹ Así, por ejemplo, tratándose de obligaciones genéricas niega su eficacia como causa exoneratoria, de su constitución en mora, etc..

Pues bien, el BGB realiza una distribución de la carga de la prueba semejante a la de los demás sistemas continentales. Incumbe la prueba de los hechos a quien los alega. El deudor que alega que no le es imputable la imposibilidad sobrevenida que le ha imposibilitado el cumplimiento de la obligación, deberá probar, según lo dispuesto en el parágrafo 282 del BGB, no solamente que se trató de una verdadera imposibilidad de cumplir, sino que no le es imputable. Dispone esta norma que *"Si se discute el hecho de si la imposibilidad de la prestación es consecuencia de una circunstancia de que ha de responder el deudor, la carga de la prueba corresponde a éste"*. Al acreedor, que alegue el incumplimiento, le corresponde probar la existencia del vínculo contractual y su exigibilidad y, si exige una indemnización de daños y perjuicios, deberá probar que los ha habido y que se han derivado del incumplimiento, es decir, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y los daños.

La constitución en mora del deudor se muestra también en el ordenamiento jurídico alemán como el instrumento adecuado para trasladar todos los riesgos fortuitos al deudor incumplidor. Así lo dispone el parágrafo 287 cuando le hace responder de toda negligencia y de cualquier imposibilidad de la prestación que se produzca fortuitamente, mientras el deudor constituido en mora no cumpla con su obligación.

La regulación de este instituto comienza en el parágrafo 284 del BGB cuando establece que *"Si el deudor no cumple la prestación a requerimiento del acreedor, que se practique después de tener lugar el vencimiento, incurre en mora por dicho requerimiento. Al requerimiento se equipara la interposición de la acción para exigir la prestación, así como la notificación de un mandato de pago en el procedimiento monitorio."*

Si está señalado para la prestación un tiempo según el calendario, el deudor incurre en mora sin requerimiento si no cumple la prestación en el tiempo señalado. Lo mismo vale si a la prestación ha de preceder un aviso y el tiempo para la prestación está determinado de forma que ha de computarse a partir del aviso según el calendario". Las consecuencias derivadas de la mora son según los parágrafos 286 y 287 BGB que el deudor debe reparar los daños que la mora origine al acreedor y la responsabilidad por cualquier caso fortuito que acaezca durante este período o mientras dure esta situación, salvo que el daño se hubiera igualmente producido de haber cumplido la prestación a tiempo.

A primera vista parece que el panorama en el derecho alemán no es muy diferente del francés y del italiano. Como dicen ENNECERUS-LEHMANN "*mora del deudor es el retraso, contrario a Derecho, de la prestación por una causa imputable a él*". Los presupuestos exigidos por la doctrina alemana para la eficacia de la

¹ Vid., ENNECERUS-LEHMANN, *op.cit.*, p.261. DERNBURG, *op.cit.*, p.155, definía la mora como "aquella situación en la que se encuentra el deudor que culposamente no cumple a tiempo su deuda". WINDSCHEID, *op.cit.*, p.88, decía que "el deudor que ha dejado pasar el tiempo, en que estaba obligado a efectuar la prestación sin efectuarla, incurre en mora, pero la determinación del tiempo en el que debe realizarse la prestación ha de fijarse mediante una intimación o interpelación por parte del acreedor". KNIEP, por su parte, habla únicamente de los efectos de la interpelación y no de efectos de la mora. ARNDTS, *op.cit.*, p.149, comienza el estudio de la mora debitoris diciendo que "el retraso en satisfacer una prestación, mora en sentido lato, puede dar lugar a consecuencias jurídicas especiales, merced a algunas disposiciones (contrato o disposiciones de última voluntad); pero dadas ciertas condiciones, aquella tiene por virtud de la ley una eficacia suya propia, que sirve para modificar la relación obligatoria: La mora del deudor—dice este autor— hace que éste no se libere ni siquiera por una imposibilidad sobrevenida que imposibilita el cumplimiento y además, después de la mora responde de cualquier tipo de culpa aunque anteriormente sólo respondiera por un grado menor. Esto mismo se predica a la hora de calcular la suma del resarcimiento, ya que se tiene en cuenta el valor más alto que el objeto de la prestación haya alcanzado durante la mora. El deudor debe ante todo prestar al acreedor el *id quod interest* y si la deuda era pecuniaria, los intereses pecuniarios". LARENZ, *op.cit.*, p.339, la define como "el retraso en el cumplimiento de la prestación imputable al deudor. Este retraso puede basarse en las más diversas causas, entre otras también en aquellas que hacen imposible la prestación o en supuestos que imposibilitan al deudor cumplirla. Mas en estos últimos casos se aplican, sin embargo, los preceptos especiales acerca de la imposibilidad sobrevenida, mientras que los preceptos sobre la mora solamente rigen cuando y en tanto la prestación sea posible y en tanto el deudor no está permanentemente y definitivamente imposibilitado de cumplirla. De acuerdo con ello, las normas que rigen la mora presuponen fundamentalmente la susceptibilidad de cumplimiento de la prestación. Si efectivamente durante la mora tiene lugar la

constitución en mora del deudor son la existencia de una obligación positiva, de dar o de hacer, y la interpelación. Además, los autores suelen exigir el vencimiento de la obligación y la imputabilidad del retraso, pero como ya se dijo con ocasión del estudio del derecho francés e italiano, en realidad, son presupuestos de la responsabilidad contractual y no de la constitución en mora del deudor.

En cuanto al requisito de la interpelación ha de decirse que el sistema germánico acoge el principio de constitución en mora mediante intimación o requerimiento del acreedor al deudor exigiéndole el cumplimiento de su obligación. DERNBURG¹ puso de manifiesto la necesidad de realizar la intimación o requerimiento (*mahnung*) en el momento oportuno para que posea la eficacia de constituir en mora al deudor. Con ello, se quiere poner de relieve que una interpelación realizada antes de que la obligación sea exigible carece de absolutamente de validez, puesto que nada se puede exigir a quien todavía no está obligado a nada, aunque es dudosa la aplicación de esta regla a aquellas interpelaciones, aun dirigidas antes de tiempo, en las que el acreedor requiere al deudor el cumplimiento para el momento en que venza la obligación. LARENZ² también comparte esta opinión, el requerimiento —dice— ha de hacerse tras el vencimiento de la obligación, puesto que antes no es exigible. El acreedor que base su demanda —continúa el autor— en la mora debe probar el origen y vencimiento del crédito, así como el requerimiento hecho al deudor en el momento oportuno. Este último, el deudor, puede

imposibilidad subjetiva u objetiva con carácter permanente hemos de aplicar a partir de ello las disposiciones sobre imposibilidad sobrevenida y, además, ciertos preceptos acerca de la mora".

¹ Vid. DERNBURG, *op.cit.*, p.157.

² Vid. LARENZ, *op.cit.*, p.340.

excepcionar que ha cumplido su obligación. Es importante destacar que el propio párrafo 284 exige que el requerimiento tenga lugar una vez vencida la obligación. El vencimiento origina, como se sabe, la exigibilidad de la deuda y para que el deudor esté obligado y, en consecuencia, responda por su inactuación es necesaria, mientras la ley o las partes no hayan previsto otra cosa, que el acreedor exija su crédito, ejercite su derecho crediticio, mediante el requerimiento o intimación, al que se equipara la interposición de una acción para exigir la prestación o la notificación de un mandato de pago en el procedimiento monitorio, a tenor de lo dispuesto en el 284 BGB.

Supuestos en que no es necesaria la previa intimación y por lo tanto el deudor viene constituido en mora automáticamente después de que se haya retrasado en el cumplimiento de su obligación son, según establece el segundo párrafo del párrafo 284 BGB:

En primer lugar, que en el contrato se haya establecido un término esencial para el cumplimiento y, en consecuencia, la interpelación se considera inútil puesto que viene sobreentendida o implícita en el plazo prefijado. Parece que, se admite y acoge sin reparos la máxima *dies interpellat pro homine*, sin embargo, la aplicación de esta regla tampoco se ha salvado en el Derecho alemán de grandes discusiones doctrinales. MOMMSEN¹, que acepta la aplicación de la regla, distingue según que por el transcurso del tiempo o del término previsto para la realización de la prestación ésta devenga o no imposible. Ejemplifica este supuesto de la siguiente manera, si el carnicero

¹ Vid., LARENZ, *op.cit.*, p.344; WINDSCHEID, *op.cit.*, p.93, nota 4; DERNBURG, *op.cit.*, p.158, nota 14.

vende la carne y no la entrega en el plazo (tácito) en el que se presume que lo debe hacer y, por ello se estropea o deteriora, existirá un incumplimiento definitivo por imposibilidad imputable al deudor. El carnicero habrá incurrido en mora desde el momento en que debió entregarla y, en consecuencia, los riesgos por la pérdida o deterioro de la carne son suyos. DERNBURG¹, explica el ejemplo puesto por MOMMSEN desde la perspectiva de la propia obligación. En un negocio de suministro de carne –dice– con un término determinado para la entrega, la prestación en tiempo debido es generalmente una condición del contrato, y a tenor de ella, un ofrecimiento tardío no es conforme al contrato. Se debe resarcir, por ello, el interés que tenía el acreedor en una entrega a tiempo, sin que importe en absoluto la cuestión de la mora en sentido técnico. La opinión dominante en la doctrina alemana hasta finales del siglo pasado, tal y como explica WINDSCHEID², era la admisión de la máxima *dies interpellat pro homine* introducida por los glosadores. Sin embargo, SAVIGNY en sus lecciones puso en tela de juicio no solo su origen romano, sino la oportunidad y fundamento de su aplicación en el propio Código civil alemán. Se pregunta este autor si es tan gravoso para el acreedor enviar al deudor una carta recomendada exigiéndole la prestación de tal forma que se asegure la prueba de la imputabilidad al deudor de cualquier suceso imprevisible. Esta línea de opinión, contraria a la aplicación de la máxima del Derecho común, fué seguida, entre otros, por NEUSTETEL, SCHRÖTER, WOLFF, FRITZ, UNTERHOLZNER, PUCHTA, BRINZ³. WINDSCHEID, por su parte, advierte que esta regla de ámbito tan general no puede ser aplicada a cualquier supuesto

¹ Vid., *op.cit.*, p.158, nota 14

² Vid., *op.cit.*, p.93

³ Vid. a este respecto entre otros WINDSCHEID, *op.cit.*, p.94; DERNBURG, *op.cit.*, p.156.

y en cualquier circunstancia¹. Las diferencias en la doctrina estriban en una cuestión principalmente: averiguar el fundamento y la finalidad que tiene la exoneración, en estos casos, del requisito de la interpelación. Los sostenedores de la aplicación del *dies interpellat pro homine*² opinan que el término fijado en los contratos juega a favor del deudor y, en consecuencia, debe bastar su transcurso para constituirle en mora. Los integrantes de la tesis contraria creen que el plazo juega siempre a favor del acreedor y, por ello, éste debe interpelar al deudor para exigir la deuda y constituirle en mora.

Sin duda estas discusiones aparecen en la doctrina por la falta de explicación suficiente de la vigencia y sentido de la máxima. A mi juicio, y ya se dijo más arriba, la regla *dies interpellat pro homine* no está haciendo referencia a las obligaciones a plazo. La discusión doctrinal no debe partir de dar por correcto el hecho de que cuando se está fijando un plazo de cumplimiento este debe jugar a favor de una de las partes contratantes, sino que hay que averiguar la finalidad que tiene el establecimiento de un término en el contrato. La existencia de una circunstancia temporal aparece, como pone de manifiesto DIEZ-PICAZO³ como algo evidente, pero no tiene una función unívoca.

¹ Vid., *op.cit.*, p.94, nota 4.

² Entre otros, como cita WINDSCHEID, están MADAI, MOMMSEN, SEUFFERT, VANGEROW, ARNDTS, HOLZSCHUHER y DERNBURG.

³ Vid., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II, *Las relaciones obligatorias*, Ed.Civitas, Madrid, 1993, p.321 y ss. En su capítulo dedicado al tiempo en la relación obligatoria se pone de manifiesto las distintas funciones que puede cumplir la fijación de un plazo en el contrato. DIEZ-PICAZO opina que la existencia de un plazo para la ejecución de una prestación puede constituir y normalmente constituirá una circunstancia que resulta beneficiosa para alguna de las partes. Para el deudor -dice el autor- puede ser beneficioso el plazo, en cuanto que retrasa el cumplimiento y le permite disponer de mayor tiempo para realizarlo y para servirse de los bienes con los que ha de contribuir al pago. El plazo puede ser también beneficioso para el acreedor. Pero a pesar de todo ello -continúa este autor-, cabe un tercer supuesto que es que el plazo no haya sido establecido en beneficio o interés exclusivo de ninguna de las partes, sino que opere en interés de ambas. En este caso, el plazo determina la doble limitación de liberarse de la deuda por parte del obligado y de la facultad de exigir o de reclamar del acreedor. Este tercer supuesto es el que debe de ser acogido al hablar de constitución en mora del deudor. El plazo, en este tema, cumple la función de limitar el

La idea de tiempo puede cumplir, puesta en conexión con la relación obligatoria, funciones muy diversas. Cuando en un contrato las partes pactan un plazo para el cumplimiento de la obligación o de ambas obligaciones éste puede tener, esencialmente, tres sentidos o finalidades: En primer lugar, establecer un término esencial para la satisfacción de sus intereses, llegado el cual si no se ha realizado la prestación, ésta deja de tener interés para las partes, el contrato se entiende resuelto y las obligaciones extinguidas¹. La fijación de un término esencial, expreso a tácito, transcurrido el cual no se ha visto satisfecho el interés del acreedor da lugar a un incumplimiento definitivo y no a la constitución en mora del deudor que carece de sentido puesto que se trata de una medida más de defensa del derecho de crédito del acreedor cuya finalidad es la de traspasar todos los riesgos fortuitos al deudor que todavía puede y debe cumplir. En segundo lugar, puede tener la función de fijar un término final, en cuyo caso su funcionamiento sería semejante al del término esencial, y llegado el plazo, la obligación ha de entenderse incumplida definitivamente y el contrato ha de resolverse. En este caso deberá analizarse si en el período de tiempo que va desde el nacimiento del contrato hasta el vencimiento del término, el acreedor debe necesariamente constituir en mora al

derecho de exigibilidad del crédito y de limitar el derecho de liberarse de la deuda. Por esta razón que el principio general es el de que para traspasar todos los riesgos al deudor es necesario el previo requerimiento del cumplimiento por parte del acreedor, principio general recogido por todos los ordenamientos y que, excepcionalmente, queda derogado y en consecuencia se automatizan sus efectos si 1º) las partes así lo han pactado previamente, en virtud del principio general de la autonomía de la voluntad y el consiguiente *pacta sunt servanda* que rige el derecho de obligaciones; 2º) si la ley así lo establece expresamente y en 3º lugar si implícitamente ha existido una previa distribución de los riesgos entre las partes contratantes. A este tercer supuesto de mora automática hace referencia el ejemplo dado por MOMMSEN y explicado por DERNBURG al que se ha hecho referencia del carnicero. Parece claro que el el propio contrato va implícito sin necesidad de que las partes lo especifiquen, y en el propio objeto de la prestación que pasado el tiempo adecuado u oportuno para realizar prestaciones de una naturaleza o características determinadas sin que el deudor haya cumplido, ni el acreedor le haya intimado al cumplimiento, el deudor debe cargar o hacerse responsable de cualquier fortuito, del que no es responsable si cumple su obligación a tiempo.

¹ Podría compararse con una cláusula o condición resolutoria.

deudor, mediante un requerimiento dirigido a obtener el cumplimiento, con el fin de traspasarle todos los riesgos o ésta constitución va implícita con la fijación del plazo y en consecuencia está en mora desde el momento mismo de la perfección del contrato. En mi opinión, en este caso, la constitución en mora automática sí tiene sentido, puesto que la fijación de un término final significa que el deudor, al aceptar éste, asume todos los riesgos fortuitos derivados del contrato, ya que la finalidad del plazo es poner de manifiesto que, llegado éste, existe y se ha fijado el incumplimiento. La fijación de un término esencial o final debe entenderse como el traspaso implícito de todos los riesgos al deudor. Para constituir en mora al deudor en estos casos, el acreedor no deberá exigirle la prestación, porque la exigencia se efectúa con el vencimiento de la obligación, *obligatio ante diem nulla est*. En estos dos supuestos la obligación deviene exigible desde el momento mismo de su nacimiento, inmediatamente, lo que significa tanto que el acreedor está legitimado inmediatamente para exigir el cumplimiento, como que una vez vencido el término del deudor automáticamente está obligado a responder de su falta de cumplimiento y no podrá exonerarse de su responsabilidad ni aun por caso fortuito, puesto que la llegada del término igual o esencial le ha traspasado todos los riesgos de la posibles y sobrevenidas imposibilidades. El término esencial hace asumir al deudor los riesgos de un posible incumplimiento. El término final, una vez que llega, concreta el momento del incumplimiento y el deudor, será responsable, pero podrá probar que el incumplimiento se debió a un suceso imprevisible e inevitable del cual no está obligado a responder. En estos dos primeros supuestos, término esencial y término final, sí cabe hablar de constitución en mora automática, puesto que en el primero va implícita en la naturaleza de la obligación que se asume y en el segundo, se origina con el vencimiento mismo del término de cumplimiento. También será posible hablar de

mora de este tipo de deudores, si el acreedor en el período que se comprende desde la perfección del contrato hasta la llegada del término, ha requerido el cumplimiento porque el crédito era exigible. En este caso, si el deudor no cumplió no podrá invocar el caso fortuito porque le fué traspasado este riesgo. En tercer y último lugar, se encontraría la posibilidad de la fijación de un plazo suspensivo o inicial a partir del cual el acreedor puede exigir la prestación y el deudor viene obligado a cumplirla. No se puede decir, si se estima como correcta esta exposición que se acaba de realizar, que con el simple vencimiento del plazo inicial en deudor se encuentre constituido en mora, puesto que por el simple vencimiento del plazo lo único que surge es la posibilidad del acreedor de ejercitar su derecho a exigir el cumplimiento, ya que con anterioridad no puede hacerlo puesto que el crédito es en sí mismo todavía y en función del propio plazo establecido inexigible y, en consecuencia, si el deudor cumpliera estaría llevando a cabo lo que la doctrina conoce como cumplimiento o pago anticipado. Se puede decir que el derecho de crédito existe ya antes de la llegada del término, pero éste es requisito indispensable para su ejercicio. Llegado el término prefijado el acreedor *puede* exigir la prestación, lo que deberá hacer mediante requerimiento. Si no lo hace el deudor sigue estando obligado a cumplir pero si no realiza su prestación será responsable en la medida en que este incumplimiento le sea imputable, y no le será imputable si prueba el caso fortuito.

Si lo que se ha dicho hasta ahora sobre las obligaciones a plazo, que igualmente sirve para las condicionales, es correcto, no cabe más remedio que preguntarse qué aplicación tiene la regla *dies interpellat pro homine* en la constitución en mora del deudor. ¿Cuál es la función de esta máxima?, ¿qué significa decir que con el simple

paso del tiempo el deudor incurre en mora sin necesidad de acto formal previo alguno por parte del acreedor?. El segundo párrafo del 284 BGB establece que *"si está señalado para la prestación un tiempo según el calendario, el deudor incurre en mora sin requerimiento si no cumple la prestación en el tiempo señalado"*. EL supuesto a que, a primera vista, parece que se está contemplando es el de la fijación de un término esencial, cumplido el cual el deudor se entiende constituido automáticamente en mora, y, consiguientemente, ha de entenderse que se le ha hecho desde la constitución de la obligación asumir todos los riesgos fortuitos que desde ese momento afecten al cumplimiento posterior de la obligación. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina civilista depende, y ya se ha explicado en estas páginas, que el incumplimiento de la obligación vencido el término esencial sólo puede dar lugar a un incumplimiento definitivo porque no es susceptible de purgarse. La propia naturaleza del término no permite un cumplimiento posterior de la obligación, porque ésta carece de interés y de utilidad para el acreedor. Esta idea viene contemplada en el parágrafo 286 BGB que dice expresamente que *"si a consecuencia de la mora la prestación no tiene ya ningún interés para el acreedor, éste, rechazando la prestación, puede exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento. Se aplican oportunamente las disposiciones existentes en los parágrafos 346 a 356 para el derecho de resolución convencional"*. Aunque ésto sea así, y parece indiscutible que lo es, el supuesto previsto en esta norma lo que puede estar regulando es la constitución en mora del deudor automáticamente desde el momento mismo de la perfección del contrato. Los efectos de esta constitución en mora empiezan en el día de la perfección del contrato desde el momento mismo, de su nacimiento, de forma que, habiendo sido convencionalmente pactado el término, el deudor estaría asumiendo con ello que el incumplimiento de su obligación traería como

consecuencia especial, a parte de las normales de cualquier situación general de lesión crediticia, el traspaso de todos los riesgos y, en consecuencia, no podrá alegar ni probar el caso fortuito para exonerarse de su responsabilidad, porque habría asumido también este riesgo. La única prueba que puede aportar, según el 287 del BGB es que el daño se hubiera producido igualmente en caso de haber cumplido la prestación a tiempo, prueba similar a la que admiten el Código civil francés y el italiano de 1942. Pero esta interpretación de los efectos de la constitución en mora del deudor de una obligación con término esencial parece contradecirse con lo que dispone el parágrafo 285 BGB cuando dice que *"el deudor no incurre en mora mientras se omita la prestación a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder"*. Es cierto que los fortuitos no son imputables generalmente sino al deudor que ha sido constituido en mora, pero la norma parece estar regulando algo distinto. Dispone que si el incumplimiento se ha debido a caso fortuito la constitución en mora del deudor no es eficaz, por lo tanto no parece posible hablar de constitución en mora con efectos retroactivo tratándose de incumplimientos de obligaciones con término esencial. El supuesto contemplado de mora automática por el BGB ha de ser, entonces, y según la doctrina dominante, el de un término inicial cuyo incumplimiento es susceptible de purgarse posteriormente con la realización de la prestación tardía. Se admite, por tanto, la eficacia de la máxima *dies interpellat pro homine*, aunque con muchas reservas y críticas por parte de los autores.

El otro supuesto contemplado de mora automática es literalmente el caso de que *"si a la prestación ha de preceder un aviso y el tiempo para la prestación está determinado de forma que ha de computarse a partir del aviso según el calendario (dies*

cerus an certus quando) ". Parece que el aviso o denuncia previsto ha de equipararse al requerimiento en el que se exige el cumplimiento. Se trata, según parece, de aquellas obligaciones sin plazo establecido para el cumplimiento y en que se deja al arbitrio del acreedor la elección del momento en el habrá de cumplirse la prestación. Este aviso hace las funciones de requerimiento, en cuyo caso, no puede ser contemplado como un supuesto de mora automática o "ex re", puesto que ha de ir precedido de una intimación al cumplimiento a partir de la cual surgen los efectos de la situación jurídica de mora.

Se ha dicho que también la doctrina alemana exige la culpabilidad, entendida como imputabilidad, como requisito o presupuesto previo a la constitución en mora del deudor. Su incumplimiento ha de ser imputable. En este trabajo ya se ha manifestado que, en realidad y para ser rigurosos, hay que decir que el requisito de la imputabilidad del incumplimiento forma parte del juicio anterior de responsabilidad, puesto que si el deudor demuestra que se trata de un caso fortuito se exonera de la responsabilidad que nace con el incumplimiento contractual. Si la constitución en mora es un efecto más de la responsabilidad por el incumplimiento, efecto que consiste en el traslado de todos los riesgos al deudor, es normal que se diga o que se exija que el incumplimiento sea imputable o que no se haya exonerado mediante la prueba del fortuito. Esto es así porque lógicamente la responsabilidad no puede surtir efecto si no ha nacido. El BGB como se ha visto, en el párrafo 285 niega la eficacia de la constitución en mora (aquí está teniendo claramente en cuenta aquellos supuestos de automaticidad de dicha situación) en los casos de que el incumplimiento sea debido a un caso fortuito del que el deudor no debe responder.

En cuanto a las obligaciones recíprocas o bilaterales hay que decir que la

especialidad de la constitución en mora en este tipo de obligaciones radica en la posibilidad que tiene el deudor al que se le pretende constituir en mora, mediante el requerimiento oportuno, de ejercitar la *exceptio non adimplei contractus*. Se sabe que, por la recepción del Derecho romano, el deudor ante esta situación jurídica de especial responsabilidad puede oponer cuantas excepciones posea para suspender la eficacia de la constitución en mora. No basta poseer las excepciones, sino que es necesario para lograr esta finalidad, ejercitarlas. Puede, por consiguiente, obstaculizar con carácter definitivo o transitorio, mediante el ejercicio de la excepción, la consecución de la pretensión del acreedor¹.

Pero la especialidad no radica en nada más, y en este punto es unánime la doctrina alemana: la constitución en mora seguirá las reglas generales del BGB y, en consecuencia no se exonera del requisito de la intimación.

¹ El problema que suscita en la doctrina el ejercicio de las excepciones en el proceso es el de sus efectos. Se pregunta si debe eliminarse retroactivamente las consecuencias de la mora que en el intermedio se hayan producido o las consecuencias ya producidas deben subsistir. La solución a este problema no es unánime. Un resumen de las posturas más significativas que se han mantenido en Alemania a este respecto se encuentra en LARENZ, *op.cit.*, p.347 yss. Una primera dirección no postula efectos retroactivos. después que la excepción ha sido ejercitada con éxito en el proceso habría de desestimarse la acción que reclama el cumplimiento de la obligación; por el contrario, se ha de acceder a ella cuando versa sobre pretensiones derivadas de la mora durante el tiempo intermedio. Contra el efecto retroactivo del ejercicio de esta excepción está el hecho de que de esa forma se añadiría al ejercicio de la excepción que en lo esencial tiene una significación procesal, una eficacia jurídico-material para la que la ley no ofrece apoyo alguno. Una tercera posición intermedia o mixta estima que ha de diferenciarse entre la situación jurídico-material tal como aparece independientemente de la configuración del proceso y únicamente basada en las normas del Derecho civil, y la situación que se produce en el proceso según que la excepción se haya ejercitado o no. Desde un punto de vista puramente de Derecho material, la existencia de la excepción excluye las consecuencias de la mora, porque el deudor que puede denegar su prestación no merece censuras si no cumple aquella. Más en lo que respecta al proceso, únicamente se ha de considerar esta exclusión de consecuencias, así como en general el derecho del deudor a negar la prestación, cuando se haya invocado. Por lo tanto, si el deudor omite esta invocación será condenado no sólo a cumplir la prestación, sino también a las consecuencias de la mora, porque el juez no puede tener en cuenta el derecho del deudor a negar la prestación, excluyente de los efectos de la mora, sin que aquél lo ejercite. Pero si lo invoca, el Juez tendrá entonces la posibilidad de entrar a conocer en el proceso acerca de si quedan excluidas las consecuencias de la mora vinculadas desde el punto de vista del Derecho sustantivo a la existencia de la excepción, sin que por ello haya de atribuir necesariamente efecto retroactivo al ejercicio de la excepción. A favor de esta concepción se manifiesta sobre todo la consideración de que, según la misma, la sentencia no puede separar lo relativo a la prestación y las consecuencias de la mora: ambas se han de conceder cuando el demandado no invoque la excepción y han de negarse cuando la oponga.

En cuanto al problema de la liquidez de la deuda o la aplicación del principio *in illiquidis non fit mora* se debe decir que también para la mayoría de los autores alemanes es un problema de imputabilidad del incumplimiento. La liquidez no es un presupuesto para la constitución en mora. Así, por ejemplo, OERTMANN¹ opina que "la ignorancia del deudor sobre la existencia de la obligación impide la mora, si no se puede imputar a culpa suya alguna". El motivo argüido por estos autores es de Derecho positivo: el parágrafo 372 del BGB al regular la consignación establece una regla clara y sencilla: *"El deudor puede consignar para el acreedor en un establecimiento público destinado al efecto, si dicho acreedor está en mora en cuanto a la aceptación, el dinero, títulos valores y demás documentos, así como las joyas (u objetos muebles de gran valor). Lo mismo vale si el deudor no puede cumplir o no puede cumplir con seguridad su obligación por algún otro motivo existente en la persona del acreedor, o a consecuencia de una incertidumbre sobre la persona de dicho acreedor no debida a negligencia"*. Se sabe por tanto que la incertidumbre sobre el *qui debeatur*, el *quantum debeatur* y el *an debeatur* no es por sí sola una causa de exoneración de la constitución en mora del deudor. Esta regla es lógica si se tiene en cuenta que estas incertidumbres difícilmente crean una imposibilidad absoluta sobrevenida de cumplir, puesto que cabe el pago por consignación. En este punto, los autores requieren que el deudor que sufra este tipo de incertidumbres ponga toda su diligencia en averiguar la cuantía de su deuda o la persona de su acreedor y si no logran solventar su incertidumbre deben recurrir a la consignación de aquéllo sobre lo que están ciertos, si quieren eludir una eficaz constitución en mora posterior con efectos retroactivos. Se puede comprobar que, en este

¹ De esta opinión son, entre otros; PLANCK, KÖHLER, ENNECERUS, STAUDINGER, *vid* MONTEL, *op.cit.*, p.286, nota 3.

punto, los alemanes reciben las ideas y doctrinas del Derecho Intermedio acerca de la regla *in illiquidis non fit mora*.

Para terminar esta exposición del Derecho alemán hay que hacer referencia a la regulación que se hace de las obligaciones pecuniarias y de los efectos que se logran con la constitución en mora del deudor.

Son dos los preceptos que al hablar de las obligaciones pecuniarias conviene tener en cuenta. El primero de ellos es el que contempla el parágrafo 288 BGB que establece que *"Una deuda dineraria produce durante la mora un interés del cuatro por ciento anual. Si el acreedor puede exigir por otra causa jurídica intereses más altos, éstos han de continuar pagándose. No está excluida la posibilidad de hacer valer un daño mayor"*. Esta norma deja clara la función que tienen estos intereses. Se trata de intereses moratorios, originados por la misma situación de especial responsabilidad en la que se encuentra el deudor de suma de dinero por haber sido requerido por su deudor al cumplimiento, en el caso de que la intimación sea necesaria. Se tasan en una cuantía legal que, como cuenta PLANITZ¹, la Asamblea Imperial de 1600 los señaló originariamente para el mutuo en el cinco por ciento y la indemnización del daño más elevado que hubiera podido producirse. Además de estar regulando la mora de un deudor de suma pecuniaria, deja abierta la posibilidad de que el acreedor que no se conforme con el automatismo y la tasación *ex lege* del daño, pruebe un daño mayor. Por último, y es de destacar, que diferencia claramente la función de los intereses por mora

¹ Vid. PLANITZ, *op.cit.*, p.222.

de los intereses por cualquier otro motivo. Deja abierta la posibilidad de que el acreedor exija otros intereses más altos *por otra causa jurídica* que no sea la constitución en mora del deudor.

El segundo precepto que, sin duda, complementa el anterior es el previsto en el parágrafo 291 BGB: *"El deudor ha de pagar intereses de una deuda dineraria desde la producción de la litispendencia, aunque no esté en mora; si la deuda vence después, sólo produce interés desde el vencimiento. Se aplican oportunamente las disposiciones del parágrafo 288, párrafo 1º (sobre intereses moratorios), y del parágrafo 2898, inciso 1º (prohibición del anatocismo)".* Los intereses a los que parece que hace referencia son a los compensatorios y correspondientes puesto que no es necesaria la constitución en mora del deudor para que surja esta obligación. De esta regulación se puede extraer una consecuencia, que es la misma que surgió del estudio de los sistemas de responsabilidad contractual francés e italiano, el efecto del incumplimiento característico en las obligaciones pecuniarias es, en materia de indemnización, la producción de intereses (moratorios), tasados legalmente, que cumplen la función de cubrir los daños que la falta de la suma de dinero ha causado al acreedor. Dado el problema de calcular los daños que el incumplimiento puede irrogar al acreedor el Código, como hacen los de su entorno, los suma a los moratorios y los tasa o evalúa forfetariamente. Los daños que

se deben son los producidos desde el día del incumplimiento, y para su valoración se toma su valor el día de la sentencia. Ahora bien, ésta regla es independiente de que el acreedor solicite otra indemnización por otros daños, siempre y cuando pruebe su existencia la relación o nexo de causalidad con el incumplimiento retrasado.

La *perpetuatio obligationis* o traslación de los riesgos de los casos fortuitos se logra, una vez más, a través del instituto de la constitución en mora del deudor que, como aquí se defiende, no viene a ser más que el vehículo jurídico articulado por los ordenamientos para que el acreedor traspase todos los riesgos a su deudor incumplidor. No se debe olvidar, y creo que es importante, que a los deudores de una obligación pecuniaria, con la constitución en mora (como fijación del incumplimiento) se les traslada todos los riesgos fortuitos de un imposible posterior. La constitución en mora de estos deudores, por regla general, viene regulada de forma especial en los Códigos civiles de nuestro entorno por dos causas: la dificultad de probar y tasar los daños a que a lugar el incumplimiento en estos casos y la dificultad de estimar los riesgos a que están sometidos estas prestaciones.

IV.- LA CONSTITUCIÓN EN MORA EN EL CÓDIGO CIVIL SUIZO DE LAS OBLIGACIONES.

Define VON THUR¹ la mora del deudor como "un estado durante el cual la ineffectividad de la prestación produce una serie de efectos desfavorables para el deudor".

La regulación de la responsabilidad contractual en el Código civil suizo de las obligaciones de 1911 comienza con el artículo 97, *"De los efectos de la inejecución de las obligaciones"* en el que se establece, en su primer párrafo, que *"cuando el acreedor no pueda obtener en modo alguno el cumplimiento de la obligación o no la pueda obtener más que imperfectamente, el deudor queda obligado a reparar los daños causados, salvo que pruebe que no le es imputable culpa"*. Se puede observar la identidad de razón que existe entre esta norma y sus correlativas de los Códigos civiles alemán, francés e italiano de 1865. El precepto parte de la igualdad de régimen jurídico entre los incumplimientos definitivos y los defectuosos. La responsabilidad contractual trazada en este Código, como sucedía en el alemán, es una responsabilidad por culpa. El artículo 99 dispone que *"en general, el deudor responde de toda culpa"* y en su párrafo segundo la conecta a la naturaleza de la prestación concreta que integre su obligación, moderándola en caso de que la obligación tenga únicamente interés para el acreedor. Parece, a primera vista, que el deudor sólo responde de su incumplimiento si éste ha sido negligente, es decir, si no se ha comportado en el cumplimiento de la obligación con la diligencia que le era exigida concretamente para realizar el tipo de

¹ Vid., A. VON THUR, Tratado de las obligaciones, traducido del alemán y concordado por W. ROCES, tomo II, 1ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1934.

prestación. La doctrina suiza¹ ha estimado, evitando de esta manera la contradicción en la que incurre la tesis culpabilista en torno a la carga de la prueba, que el ordenamiento presume la culpa en el incumplimiento y que, por consiguiente, deberá ser el deudor el que pruebe que no actuó culposamente. Pero el problema, que vuelve a aparecer una vez más, es el de averiguar en qué consiste la prueba que debe aportar el deudor para exonerarse de su responsabilidad. Basta la prueba de la diligencia puesta en cumplimiento o consiste más bien en la prueba de una imposibilidad sobrevenida no imputable. El artículo 119 prevé la extinción de la obligación que deviene imposible por *circunstancias no imputables al deudor*. VON THUR cuando explica el significado de la culpa dice "El deber contractual del deudor estriba en hacer todo lo necesario para ejercitar la prestación adeudada y en evitar cuanto pueda ir en detrimento de esta prestación. Qué medidas y providencias ha de adoptar para ello, es cosa que, a falta de pacto o norma legal, han de decir los usos del comercio y los principios de la buena fe. El deudor es responsable de los daños que se le ocasionen al acreedor por la infracción de un deber contractual (sobre todo cuando se imposibilite el cumplimiento del contrato), sin que pueda eximirse alegando que no previó el daño, ni podía preverlo. Y es también responsable de aquellos acontecimientos dañosos (sucesos naturales y actos de terceros) que tengan para él carácter fortuito cuando no se hubieran producido sin la infracción del contrato, a menos que el acreedor hubiera salido también perjudicado del mismo modo, por otras razones, aunque el deudor hubiese ejecutado fielmente el contrato".

¹ Vid. P.ENGEL y los autores que cita, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, 1973, p.461 y ss; VON THUR, *op.cit.*, p.81 y ss.

En el Código civil suizo de las obligaciones no existe regulación alguna del caso fortuito, sólo aparece la no imputabilidad como causa de extinción de las obligaciones. Sin embargo, no se puede afirmar que sea la negligencia el único criterio de imputación de responsabilidad contractual. VON THUR da una pista del sistema adoptado en el Código cuando dice que "se explica teóricamente que la prueba de descargo incumbe al deudor, ya que el crédito, una vez constituido, sigue en pie, reclamando su cumplimiento o la correspondiente indemnización, en tanto que no se extinga a tenor del artículo 119, apartado 1º, por el hecho de la imposibilidad no culposa de la prestación, hecho que por tener eficacia canceladora debe ser probado por el demandado. Prácticamente, se añade a esto el criterio de que, por lo general, el deudor está en mejores condiciones para conocer las circunstancias que han imposibilitado el cumplimiento de su obligación que el acreedor, a quien muchas veces no le es posible informarse de las condiciones en que trabaja el deudor. Este reparto de la prueba se traduce en una agravación de la situación jurídica del deudor². Este se ve obligado a responder de hechos puramente fortuitos cuando fracase en la aportación de la prueba de descargo... La carga de la prueba no sólo afecta al deudor tratándose de imposibilidad de la prestación, sino también en aquellos casos en que perjudique al acreedor por ser defectuosos su cumplimiento". De la lectura de esta explicación del tratadista se deduce que la responsabilidad trazada por el Código civil suizo de las obligaciones es una responsabilidad "objetiva", aunque el enunciado del artículo 97, antes citado, pueda hacer creer lo contrario. El hecho de que se hable de responsabilidad por culpa no significa, y se demuestra una vez más, que el único criterio de imputabilidad de la

² No se comparte esta idea de VON THUR sobre la agravación de la situación jurídica del deudor, puesto que es el hecho del incumplimiento lo que agrava esta situación y no la carga de la prueba del mismo.

responsabilidad por incumplimiento sea la negligencia. La distribución de la carga de la prueba favorece esta tesis "objetiva". Es el deudor el que debe aportar la prueba de que la imposibilidad de cumplir o el cumplimiento defectuoso no es imputable a culpa alguna, puesto que se trata de un fortuito y si no ofrece esta prueba seguirá siendo considerado responsable por los daños causados y, además, la obligación no quedará extinguida. La objetividad de este sistema se demuestra en la responsabilidad directa y objetiva del deudor por los auxiliares de que se valga para el cumplimiento de sus obligaciones, regulada en el artículo 101 CO. Responde por el caso fortuito cuando haya sido constituido en mora mediante interpelación y por los intereses moratorios, tratándose de obligaciones pecuniarias, independientemente de cualquier culpa por su parte (arts.103 y 104).

En lo que se refiere a la figura de la constitución en mora del deudor hay que advertir que su regulación no difiere sustancialmente de la estudiada en los demás ordenamientos. Viene prevista en los artículos 102 a 109 del Código civil suizo de las obligaciones. Se establece en el primer párrafo del artículo 102 el principio de la constitución en mora mediante interpelación del acreedor. Se acepta, por la doctrina, como intimación eficaz cualquier acto, verbal, judicial o extrajudicial por el cual el acreedor reclame el cumplimiento de la obligación. Pero presupuesto indispensable para que surjan las consecuencias propias de la intepelación, es decir, para entender eficazmente constituido en mora al deudor, la intimación ha de haberse realizado cuando la obligación haya vencido. El mismo art.102 requiere que la obligación sea exigible.

El fundamento de este requisito lo explica claramente VON THUR¹: "*Mientras el deudor no se halle obligado a realizar la prestación, nadie puede reprocharle, naturalmente, que la deje incumplida. Por eso en las obligaciones imperfectas cuyo cumplimiento depende de la voluntad del deudor, éste no incurre en mora nunca*". La exigibilidad es presupuesto de la responsabilidad contractual, deuda con responsabilidad, y lógicamente al ser la constitución en mora del deudor el vehículo jurídico articulado por el ordenamiento para lograr uno de los efectos de tal responsabilidad, es decir la *perpetuatio obligationis* o traslación de los riesgos al deudor, es presupuesto anterior o previo a ella. No se puede constituir en mora al deudor, no reclamarle indemnización alguna, ni ejercitar ningún medio de defensa de un crédito lesionado, si el propio ordenamiento reconoce la inexigibilidad de la obligación.

Excepciones a la regla de la intimidación son, según el segundo párrafo del 102, las mismas que se vieron en el BGB alemán. Se exonera, en primer lugar, del requisito de la interpelación cuando en el contrato se ha fijado un día para el cumplimiento de la obligación. Se aplica en este supuesto la regla del Derecho Intermedio *dies interpellat pro homine*.²

No hace falta tampoco el previo requerimiento para entender constituido en mora al deudor incumplidor, según el apartado 2º del 102, cuando el día fijo de vencimiento se desprenda de un acto de denuncia realizado en la forma legalmente prevista. En este

¹ Vid. VON THUR, *op.cit.*, p.112 y nota 6.

² En este punto me remito a lo dicho en el párrafo anterior sobre los problemas que ha causado en la doctrina la aplicación general de esta máxima en la doctrina alemana.

supuesto, contemplado también por el Código civil alemán, la denuncia equivale a la interpelación, pues se trata de un acto formal de denuncia del crédito. A partir del momento en que el acreedor exija su crédito habrá de considerarse en mora al deudor¹.

A pesar de ser éstos dos supuestos de mora *ex re*, los únicos que de modo expreso establece el ordenamiento civil suizo, la doctrina viene entendiendo tradicionalmente que del principio de buena fe que debe presidir toda relación contractual pueden presumirse otros casos en los que se debe considerar al deudor incurso en mora desde el momento mismo del incumplimiento sin necesidad de requerimiento concreto por parte del acreedor de la prestación. A juicio de la doctrina, no hay razón para exigir una intimación para que el deudor cuente con ella² cuando las circunstancias se disponen de tal modo que no es el acreedor, sino solamente el deudor quien tiene los medios para saber cuándo puede hacer efectiva la prestación³. Ejemplifica VON THUR este supuesto del siguiente modo: "*Si el deudor se ha obligado a precaver un peligro que amenaza al acreedor efectuando una reparación: en este*

¹ Sobre la aplicación de este supuesto de mora automática o *ex re* VON THUR, *op.cit.*, p.115, opina que hace falta que la denuncia esté prevista en el contrato y que no responda a una norma legal, como ocurre, v.gr., tratándose del préstamo. Esta restricción de la norma *dies interpellat pro homine* parece descansar en la idea de que el deudor, tratándose de una denuncia establecida por la ley, no está tan pendiente de ella como si se trata de una denuncia pactada expresamente, razón por la cual puede sorprenderle de un modo imprevisto. No cree, sin embargo el autor que esta razón baste para justificar la norma de la ley, pues el fundamento de que la intimación sea innecesaria está en que el deudor, existiendo una fecha fija de vencimiento, no puede abrigar dudas respecto a su obligación, y esto es igualmente aplicable a todo género de denuncias (las mismas las pactadas voluntariamente que las legales), siempre y cuando la fecha de la prestación se desprenda con seguridad de la denuncia.

² Vid. VON THUR, *op.cit.*, p.115 y ENGEL, *op.cit.*, p.465.

³ Este es el significado que en este estudio se defiende que hay que darle al supuesto 2º del artículo 1.100, párrafo segundo, de nuestro código civil cuando establece como supuesto de mora automática o *ex re* que no será sin embargo la intimación del acreedor para que la mora exista cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fué motivo determinante para establecer la obligación.

compromiso va implícita por sí misma la obligación de elegir el momento para el trabajo sin que medie requerimiento alguno por parte del acreedor; si el deudor deja pasar el momento oportuno vendrá obligado a indemnizar los daños causados por la mora, aunque el acreedor no le haya hecho intimación. Otro tanto ocurre con el mandatario o el gestor de negocios: son ellos y no el interesado (tal vez ausente) quienes tienen que saber cuándo ha de realizarse cualquiera de los actos que se encuentran entre los deberes de gestión, razón por la cual, se constituirán en mora y vendrán obligados a indemnizar, según el artículo 103, si dejan pasar el momento oportuno, sin necesidad de que el acreedor les intime. El mandatario sobre todo puede y debe saber cuándo ha de entregar al interesado o ingresar en el banco señalado por él el dinero obtenido en su gestión, estando por tanto obligado a abonar intereses del dinero no consignado puntualmente".

Otro supuesto que la doctrina señala como de constitución en mora automática es el del condenado por un ilícito civil, puesto que se ha recibido, si no expresamente regulado, la regla romana *fur semper mora* en virtud de la cual toda persona obligada por un ilícito civil a entregar una cosa o a resarcir los daños y perjuicios causados se encuentra desde el momento de la comisión del ilícito en mora y, en consecuencia, ha de responder de todos los casos fortuitos que puedan afectar a su obligación.

Además se considera constituido en mora automática al deudor que se sustrae intencionadamente a la intimación impidiendo que esta llegue a su conocimiento. Esta situación también ha sido considerada por el resto de la doctrina extranjera, sin embargo en mi opinión no se trata de un supuesto de mora automática, puesto que el requisito

de la intimación, cuando sea presupuesto necesario para la constitución en mora del deudor debe ser cumplido por el acreedor. El hecho de que el deudor se sustraiga intencionadamente a él no significa y no puede significar que carezca de efectividad. A la hora de tratar el tema referente al requisito de la interpelación se deberá estudiar cómo se cumple este requisito y desde qué momento ha de entenderse que surte efectos, es decir, desde qué momento ha de entenderse constituido en mora al deudor. La respuesta, en mi opinión depende de la consideración jurídica que se haga de la propia intimación, puesto que si se acoge la opinión minoritaria de que se trata de un negocio jurídico, y que el acreedor en el acto formal del requerimiento debe informar al deudor de los efectos de la constitución en mora, del traslado de todos los riesgos, no cabe duda que para cumplir el requisito de la intimación deberá atenderse a lo que se ha venido denominando, aunque en sede de oferta y aceptación, teoría de la recepción¹. El deudor sólo se consideraría eficazmente constituido en mora cuando el requerimiento del acreedor exigiéndole el cumplimiento e informándole de las consecuencias del acto de la intimación llegase a su círculo de actividad. Sin embargo, si se sigue considerando, como hasta ahora ha hecho la mayor parte de la doctrina civilista, que la interpelación es sólo un acto jurídico que no tiene la consideración de negocio jurídico independiente, el hecho de que el deudor no se encuentre en su domicilio para evitar la recepción de la intimación carece de importancia para que surjan los efectos de la constitución en mora, porque sólo se trataría de un medio de prueba de la efectiva exigencia por parte del acreedor del cumplimiento de las obligaciones. Las obligaciones, una vez vencidas,

¹ La teoría de la cognición de la interpelación parece excesiva puesto que dejaría al arbitrio del mismo deudor incumplidor los efectos de la mora. Tampoco es aceptable la teoría de la emisión, puesto que no bastaría la voluntad del acreedor para traspasar todos los riesgos al deudor, dado que se trata de un efecto agravado de la responsabilidad contractual por incumplimiento.

como ya se ha puesto de relieve anteriormente deben ser, en principio, exigidas para que surja la responsabilidad que lleva aparejada su incumplimiento. La prueba de que efectivamente la obligación fué exigida por el acreedor mediante la intimación no necesariamente ha de pasar por su recepción efectiva por el deudor.

Otro caso de mora automática que suele señalar la doctrina es el de que el deudor, después del vencimiento de la obligación, declare expresamente su intención de no cumplir con la obligación. Este supuesto, que ya ha sido estudiado al tratar la regulación de la constitución en mora del deudor en el Código civil italiano, en puridad no es o no debiera ser un caso de mora automática sino de incumplimiento definitivo, puesto que si el deudor deja clara y expresamente su intención de no querer cumplir su obligación ha de equipararse a un supuesto de imposibilidad de la prestación. El principio que rige el derecho de obligaciones de la prohibición de obligar coactivamente al cumplimiento de las obligaciones no permite, salvo que sea posible la ejecución forzosa, más que estimar que se trata de un supuesto de incumplimiento definitivo donde no es posible hablar de mora. En cualquier caso, y como ya se dijo, a la hora de determinar la cuantía de la responsabilidad contractual, habrá de estimarse, en mi opinión, que se trata de un incumplimiento doloso, y no meramente culposo, y obrar en consecuencia.

En cuanto al problema del requisito de la culpa para la efectividad de la constitución en mora del deudor, hay que advertir que tampoco la doctrina suiza se ha visto exenta de discusiones en torno a éste. VON THUR explicaba la situación de la doctrina con las siguientes palabras, que se trasladan al texto porque, en mi opinión, dan

una visión clara de la solución adoptada en este sistema de responsabilidad contractual:

"A diferencia del Código alemán que se inclina por una solución más benigna, el Código de las Obligaciones declara que la mora se produce, por regla general, aun cuando el deudor no incurra en culpa al demorar la prestación. Esta mora objetiva rige para los intereses moratorios y los derechos que competen al acreedor según los artículos 107 y siguientes; en cambio, el deber de indemnización de los daños causados por la imposibilidad de la prestación pueden dejarse sin efecto probando la inocencia del deudor¹. La mora objetiva no se excluye por la ignorancia del deudor acerca de la existencia o vencimiento de la deuda, porque el deudor se constituye en mora cuando la intimación llegue a su poder, aunque no entre en su conocimiento por culpa suya; tampoco por ningún género de dudas, por muy legítimas que ellas sean, respecto a la validez de la reclamación contra él entablada, ni por el hecho de que haya circunstancias insuperables que le impidan cumplir puntualmente su obligación. En cambio, no se da la mora cuando el retraso de la prestación provenga de que el acreedor se constituya en estado moratorio al rechazarla o al omitir los actos preparatorios de su incumbencia. En este sentido puede decirse que la disposición del acreedor para hacerse cargo de la prestación es requisito previo de la mora debitoria,

¹ Advierte en este punto VON THUR, *op.cit.*, p.117, nota 1, que esta diferenciación responde a un fundamento: "si el deudor retiene más de lo que debe el dinero adeudado, se le pueden imponer, aunque no haya incurrido en culpa, intereses moratorios, puesto que está en condiciones de poder disfrutar del dinero. También cree que responde a la equidad el que el acreedor pueda, según el artículo 107, desistir de un contrato que el deudor, con culpa o sin ella, no cumple puntualmente. En cambio, respecto a la indemnización del daño moratorio habrán de tenerse en cuenta las mismas normas en que se basa el principio de la culpa que preside el régimen de la indemnización". En mi opinión, no tiene en cuenta el autor el hecho de que tratándose de obligaciones pecuniarias el único modo posible de incumplir es el retrasado y que en virtud de la aplicación de la máxima *genus nunquam perit* no es posible hablar de caso fortuito o imposibilidad absoluta de la prestación, en cuyo caso el deudor no podrá exonerarse nunca de la responsabilidad por el retraso en el pago de su obligación dineraria. Todo lo cual origina que, aunque sea necesario el previo requisito de la interpelación, la consecuencia será que el deudor deberá intereses moratorios, independientemente de los daños y perjuicios que se le hayan irrogado al acreedor por otros motivos.

tanto en aquellos casos en que la mora es provocada por la intimación como cuando se produce sin necesidad de ésta. Otros obstáculos que se opongan al cumplimiento de la prestación no impiden la mora debitoria aun cuando radiquen en la persona del acreedor; siempre que el deudor se constituya en mora por intimación o por llegar el día del vencimiento tiene que abonar intereses moratorios y sólo puede eximirse de este deber consignando la prestación".

Se pone de manifiesto la objetividad del sistema trazado por el Código civil suizo de las obligaciones. La constitución en mora es objetiva en el sentido de que prescinde de cualquier presupuesto subjetivo o personal para su eficacia. Desde este punto de vista se puede afirmar que la doctrina niega la efectividad o aplicación de la regla *in illiquidis non fit mora* porque, en primer lugar, la duda o incertidumbre sobre el montante exacto de la deuda, sobre la persona del acreedor o cualesquiera otros impedimentos "personales" que se opongan al correcto cumplimiento del deudor pueden superarse mediante el pago por consignación (art.96). La falta de cooperación del acreedor en la liberación de la deuda del deudor da lugar, como ocurre en todos los ordenamientos de nuestro entorno, a la *mora creditoris*, pero hay que tener en cuenta que el deudor sólo evitará la constitución en mora propia realizando el pago por consignación de aquello sobre lo que tenga certidumbre de estar obligado. Una iliquidez total del crédito no es probable jurídicamente hablando, puesto que requisito esencial para que exista obligación es que ésta sea determinada o determinable sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes para su determinación. La deuda debe, por definición, ser cierta. En caso de que se dude o se tenga incertidumbre sobre la existencia de la deuda, como ordenaba el Derecho Común, el deudor deberá prestar caución para liberarse de

los efectos perjudiciales de la constitución en mora. Por otro lado, el propio VON THUR pone de manifiesto la objetividad, no ya tanto de la constitución en mora sino del sistema de responsabilidad contractual. La situación jurídica de mora en el deudor tiene lugar cuando su obligación no se ha extinguido, porque el incumplimiento no le era imputable, y el acreedor o la ley le han colocado en esa situación. Es una consecuencia lógica que el deudor no pueda liberarse de dicha situación salvo cumpliendo la obligación que tiene pendiente (aunque sea mediante consignación). Si en el período que va desde que se le ha constituido en mora hasta que cumple definitivamente su obligación, perece la cosa que debía entregar o sufre una imposibilidad sobrevenida que le impide definitivamente cumplir con su obligación, estará igualmente obligado y no podrá exonerarse por el acaccimiento de ese fortuito más que si prueba que la cosa se hubiera perdido y los daños se le hubieran igualmente irrogado al acreedor si éste hubiera puntualmente cumplido su obligación (art.103.2º).

VON THUR¹ pone el siguiente ejemplo: *"El acreedor queda libre cuando el animal adeudado muere, durante la mora, de una enfermedad de la que también habría muerto en poder del acreedor. Sin embargo, el caso fortuito que había afectado a la cosa en poder del acreedor no necesita ser idéntico a aquel que la ha destruido o deteriorado en manos del deudor. De otro modo la norma del artículo 103, apartado 2º, sólo sería aplicable a poquísimos casos"*. La doctrina italiana, francesa y alemana, ordenamientos todos ellos que acogen esta prueba como la única posible que puede aportar el deudor moroso para exonerarse de su responsabilidad por la pérdida fortuita de la cosa debida, discute desde antiguo acerca de la interpretación que hay que darle a esta norma y del

¹ Vid. VON THUR, *op.cit.*, p.120, nota 1.

contenido de la prueba exoneratoria.

Para algunos autores, que siguen una tesis distinta a la de VON THUR, es necesario que se trate del mismo caso fortuito que hubiera afectado a la cosa de haber estado en poder del acreedor. Además, se deberá probar que el acreedor hubiera tenido la cosa en su poder y que, en consecuencia el daño lo hubiera sufrido, y por último que el fortuito deberá haber afectado igualmente, con la misma entidad, a la cosa objeto de la prestación. Esta opinión que parece que es la más extendida demuestra la dificultad de aportar dicha prueba y la seriedad o gravedad que supone para el ordenamiento jurídico que un deudor haya sido constituido en mora. Ahora bien, el propio ordenamiento ha articulado muchas vías para que el deudor incumplidor evite llegar a esta situación. Entre ellas se debe destacar, en primer lugar, que la constitución en mora, en principio, sólo tiene lugar mediante la interpelación del acreedor y en segundo lugar, que siempre cabe el pago o cumplimiento por consignación. Hay que tener además en cuenta, que el incumplidor que lo es por un caso fortuito no responde y se extingue su obligación por imposibilidad sobrevenida, y que, en consecuencia, sólo son susceptibles de encontrarse en esta situación de responsabilidad agravada aquellos deudores que pudiendo hacerlo no cumplen su obligación y que requeridos posteriormente al cumplimiento por sus acreedores continúan sin cumplir. Todo ello, hace que la prueba sea justa y comedida si se tiene en cuenta el otro lado de la situación: de modo contrario, sería el acreedor quien debería correr con los riesgos de las pérdidas fortuitas y es precisamente esta distribución la que realiza la constitución en mora del deudor, cuando se ha incumplido injustificadamente.

El otro efecto que se logra con la constitución en mora del deudor, tratándose de obligaciones pecuniarias, es el abono de los llamados intereses moratorios (art.104). La ley --dice VON THUR¹-- compensa los perjuicios que se producen a los acreedores de deudas de dinero a quienes no se entrega puntualmente de un modo simplificado, sin sujetarse a los trámites ordinarios de la indemnización, por medio de los intereses moratorios. A partir del momento en que el deudor de una suma de dinero se constituye en mora, sin necesidad de que incurra en culpa y sin que el acreedor tenga que probar ningún daño, viene sujeto por imperio de la ley a pagar un interés legal tasado, aun cuando el tipo de de interés contractual sea inferior. Caso de que el interés contractual sea más alto, sube también proporcionalmente el tipo de interés moratorio. En los créditos que versen sobre intereses y rentas, así como en los nacidos de promesas de donación, los intereses moratorios no comienzan a correr a partir del momento mismo de la mora (art.105), sino al entablarse la demanda judicial. Esta norma descansa, en lo que a los intereses y a las rentas se refiere, en la idea de que el acreedor no suele invertir rentablemente estas cantidades, y respecto a la donación en el trato más benigno que suele dispensarse al donante.

Ahora bien, los intereses moratorios no representan --como continúa explicando este tratadista-- más que el mínimo de indemnización de los daños causados por la mora. Si el acreedor consigue probar que la mora le ha producido un daño mayor, v.gr., que no ha podido saldar una deuda que rendía intereses más elevados o que se vió en la necesidad de tomar dinero a préstamo a un tipo más alto de interés, podrá exigir que se

¹ Vid. VON THUR, *op.cit.*, p.,120 y nota 3.

le resarzan también estos daños; sin embargo, el deudor puede eximirse de este deber de indemnizar probando que no le es imputable (art.106, apartado 1º).

Esta regulación y la explicación que de ella hace VON THUR, a mi juicio, es bastante convincente de la función que cumplen los intereses moratorios en el sistema de la responsabilidad contractual. Parece claro, que los intereses hacen siempre referencia a una suma de dinero, a una obligación pecuniaria. Esta, por su especial naturaleza, sufre una modificación en cuanto al régimen general de responsabilidad contractual trazado por los ordenamientos, tanto en los que a daños se refieren, como en lo referente a riesgos. Además, hay que tener en cuenta que el único modo que existe de incumplir la obligación pecuniaria es el retrasarse en el pago. Pues bien, el retraso en el pago de una suma pecuniaria origina, o al menos así lo han presumido los legisladores, daños puesto que es un bien que por su propia naturaleza es fructífero. La responsabilidad en este caso gira en torno a dos ideas: La primera consiste en que el deudor de una suma dineraria constituido en mora está automáticamente obligado a pagar a su acreedor una cantidad tasada legalmente en concepto de intereses. Estos intereses que son los llamados moratorios porque se originan por la situación de mora del deudor son independientes de cualquier otra pretensión resarcitoria del acreedor que está legitimado para solicitar la indemnización compensatoria, por un daño mayor u otro distinto al contemplado por esta norma legal. Pero cuando lleve a cabo la solicitud de esta indemnización deberá aportar la prueba de los daños, prueba que se exige en cualquier caso de indemnización por incumplimiento. Si la regla general es que el deudor podrá probar su imputabilidad ésta regla sólo se deroga en los casos de intereses moratorios de las sumas de dinero en la que existe una presunción *iuris et de iure* de

imputabilidad, ya que parece que no cabe el caso fortuito en este tipo de obligaciones, esta regla cuando el acreedor solicita daños diversos a los moratorios (que se repite, sólo se aplica a las deudas pecuniarias) el deudor podrá liberarse de esta indemnización si prueba, aplicando la regla general, que no le son imputables. Es por todo ello por lo que se ha estimado que la regulación del Código civil suizo de las obligaciones y la explicación que a estas normas dada por VON THUR son las más claras de las que hasta ahora se habían encontrado en los demás ordenamientos y, quizá, en los demás autores.

Por último hay que hacer alusión a la regulación que se hace en este ordenamiento de la constitución en mora en las obligaciones recíprocas o bilaterales. El artículo 107 da una regla especial para este tipo de contratos. Establece que en los contratos bilaterales si una de las partes está constituida en mora, la otra puede fijar un plazo, o hacerlo fijar por la autoridad competente, para el cumplimiento tardío de la obligación. Este es requisito indispensable, salvo los casos contemplados en el artículo 108 en los que no es necesario el establecimiento de un término, para poder ejercitar el derecho a la resolución del contrato. El plazo que otorga el acreedor al deudor se puede hacer bien en el propio requerimiento de constitución en mora o mediante otro posterior. Nada se dice acerca del plazo que se debe conceder para el cumplimiento, pero la doctrina y la jurisprudencia son unánimes al exigir que se trate de un plazo prudencial que se ajuste a la importancia y a las dificultades de la prestación y a las necesidades, por otra parte, del acreedor. Para juzgar si el plazo otorgado es o no prudencial —dice VON THUR¹— habrá que partir del hecho de que el deudor haya comenzado ya a

¹ *Vid.* VON THUR, *op.cit.*, p.123 y ss.

cumplir con su deber. El plazo no necesita, pues, calcularse con tal amplitud que permita el cumplimiento de la obligación al deudor que todavía no haya hecho nada. Deberá ser tanto más corto cuanto mayor sea el interés que tenga el acreedor en el pronto cumplimiento de la obligación, toda vez que se trata de una condescendencia con el deudor moroso, que no debe traducirse en un perjuicio demasiado grande para el acreedor fiel al contrato. Cuando el plazo señalado por el acreedor sea demasiado corto, no por ello será nulo, sino que se deberá ampliar convenientemente. En este caso, los efectos jurídicos subsiguientes se producen cuando el deudor no haga efectiva la prestación dentro de un término prudencial. Si el acreedor fija un plazo más largo de lo que fuera necesario deberá atenerse a él, en cambio, el deudor es libre de hacer efectiva la prestación antes de que el plazo venza¹. Si el plazo transcurre infructuosamente para el acreedor, éste podrá elegir, según el segundo párrafo del artículo 107, entre exigir todavía el cumplimiento de la obligación, más los daños que todo el retraso le haya irrogado o renunciar a la prestación tardía y reclamar los daños y perjuicios por el incumplimiento o rescindir el contrato. Esta última opción la tomará en consideración el acreedor que no le interese conservar su propia obligación. La rescisión se limita a extinguir la relación obligatoria que formaba base de las prestaciones, pero no la eficacia real de los actos de disposición. El acreedor que rescinda el contrato, no puede exigir

¹ El fundamento de esta regla del plazo prudencial como presupuesto previo al ejercicio de la resolución contractual lo encuentra la doctrina en una razón de equidad. VON THUR estima que, mientras que en Derecho romano y común, el acreedor, por regla general, sólo podía reclamar el cumplimiento de la obligación y el resarcimiento de los daños moratorios, el código civil francés, en su artículo 1.184, finge en los contratos recíprocos la existencia de una condición resolutoria (ajena tal vez a la voluntad de las partes) que permite anular el contrato mediante su fallo judicial. El código general de Comercio, en sus artículos 354 y siguientes, otorga al acreedor en las ventas comerciales un derecho de resolución del contrato, derecho que le corresponde por imperio de la ley y que el interesado puede ejercitar mediante una declaración constitutiva de negocio jurídico. Sobre esta base descansa —a juicio del autor— el texto moderno de los artículos 107 y siguientes del código de las obligaciones, en cuyo régimen se han introducido varias modificaciones bajo la influencia del párrafo 326 del Código civil alemán.

la indemnización por el incumplimiento ya que se niega a recibir la prestación tardíamente, pero podrá pedir que se le resarza el interés negativo de aquellos daños que la propia rescisión no haya cubierto (art.109,2º), salvo que el deudor pruebe su inimputabilidad. Si, por el contrario el acreedor opta por renunciar a la prestación tardía y solicitar la indemnización de los daños y perjuicios, ésta elección se regirá por las reglas generales previstas por el artículo 97 sobre responsabilidad contractual e indemnización por incumplimiento.

Son tres los supuestos de constitución en mora del deudor de una obligación bilateral en los que se le exime al acreedor de la necesidad de concederle al acreedor un plazo fijo para el cumplimiento. En primer lugar, se contempla el caso de que la propia conducta del deudor haga suponer o tener la certeza de que sería inútil otorgarle un nuevo plazo. Esto ocurre por ejemplo cuando el propio deudor manifiesta expresamente su intención de no cumplir con su obligación (art.108.1º) o cuando se encuentre tan retrasado en el cumplimiento que pueda preverse que el plazo prudente que pudiera concedérsele no bastaría para que cumpliera totalmente su obligación. En segundo lugar, se prevé el caso de que la prestación tardía carezca de utilidad para el acreedor (109.2º). Este en realidad es un supuesto de incumplimiento definitivo en el que, quizá, no sería, entre nosotros, necesaria la previa constitución en mora del deudor para ejercitar el Derecho a la resolución contractual. Sin embargo, como se ha visto, una particularidad del Derecho de obligaciones suizo es que se exige la previa constitución en mora, en algunos casos, para ejercitar este Derecho. Además, en las obligaciones bilaterales es necesario el otorgamiento de un plazo prudente al deudor para que cumpla. Sin embargo, este plazo deviene inútil, si el acreedor quiere resolver, porque no le

satisface un cumplimiento tardío o el propio deudor manifiesta su negativa al cumplimiento de la obligación. El tercer y último supuesto contemplado por el artículo 108 es el caso de que el contrato celebrado por las partes sea a fecha fija en los que de la propia determinación del momento del cumplimiento se desprende que el acreedor no aceptará un cumplimiento tardío. En este supuesto de término esencial la ley exonera al acreedor de la obligación del otorgamiento de un nuevo plazo para el cumplimiento y, en consecuencia, transcurrido este día, estará facultado para optar, cuando renuncie a la prestación, entre la indemnización por incumplimiento o la rescisión del contrato.

No se puede finalizar la incursión por el sistema de constitución en mora trazado por el Código civil suizo de las obligaciones sin hacer alusión a lo que VON THUR llamaba *mora parcial*¹ que, aunque no aparezca regulada en Código civil alguno, no deja de tener importancia tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico. El ejemplo que da el tratadista es el del que el deudor ofrezca una parte de su prestación vencida y el acreedor, en vez de rechazarla con arreglo al art.69 CO, la reciba sin aplazar el resto del crédito. El acreedor conserva –a juicio del autor– respecto a la parte restante las facultades que el artículo 107 le confiere contra el deudor moroso. Puede exigir que se le entregue con posterioridad el resto, resarciéndole además el daño moratorio, o renunciar, previa fijación de un nuevo plazo, a la parte restante de la prestación, reclamando la indemnización que le corresponda por el descubierto o puede,

¹ Vid. VON THUR, *op.cit.*, p.128 y ss.

en último lugar, rescindir el contrato¹. A mi juicio es importante aceptar la posibilidad de hablar de constitución en mora parcial, puesto que ayuda a entender el mal aplicado principio *in illiquidis non fit mora*. El deudor que duda sobre la cuantía de su deuda deberá consignar o pagar la parte de la que se encuentra cierto de deber para evitar el incumplimiento y la mora, y sobre la que está inseguro deberá dar caución para que, una vez realizado el juicio de imputabilidad sobre el incumplimiento que versa sobre esta parte incierta, se le devuelva o se le constituya en mora con el resto.

Como se ha podido advertir hasta aquí el sistema de constitución en mora del deudor trazado en el Código civil suizo de las obligaciones no es muy diferente del ideado por los demás ordenamientos. Ello obedece, sin duda, a la finalidad que se

¹ Pone el siguiente ejemplo: Si el deudor sólo ofrece seis quintales de la mercancía adeudada, cuando en realidad se halla obligado a entregar diez, el acreedor puede aceptar la parte que se le ofrece y rescindir el contrato respecto a los cuatro quintales restantes, transcurrido el nuevo plazo que señale a su deudor, es decir, negarse a pagar el precio correspondiente a esos cuatro quintales, o reclamar su devolución, si ya lo hubiese hecho efectivo. Pero la rescisión parcial del contrato, sólo puede perdurar cuando la prestación del acreedor sea divisible y pueda determinarse qué parte de su prestación corresponde a la prestación que el deudor deja en descubierto. Cuando ello no sea posible, no habrá más remedio que rescindir el contrato en su totalidad. Y esta rescisión total del contrato deberá admitirse en ciertas circunstancias aun cuando sólo exista mora parcial, cuando la parte ejecutada de la prestación no tenga valor alguno para el acreedor, devolviendo la parte ya recibida puede renunciar a la entrega del resto y reclamar el resarcimiento de los daños en vez de toda la prestación del deudor o rescindir el contrato en su totalidad.

persigue con este instituto. Evitar los incumplimientos sea del tipo que sea otorgando al acreedor que los sufre todos los medios de defensa posibles para la protección de su derecho de crédito. Entre estos medios se encuentra la traslación de todos los fortuítos que pueden hacer peligrar el correcto desenvolvimiento de la relación obligatoria. Riesgos fortuítos que el ordenamiento hace recaer en un principio y hasta el incumplimiento del deudor, sobre el acreedor. La traslación como efecto más de la responsabilidad contractual por incumplimiento se lleva a cabo mediante una intimación o requerimiento al cumplimiento por parte del acreedor, como se ejercitan todos los demás remedios.

V.- LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR EN EL CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS DE 1968.

El régimen del incumplimiento contractual establecido por el Código civil portugués se divide según se trate de una imposibilidad (parcial, temporal o definitiva) o de una mora (imposibilidad temporal) imputable o no imputable al deudor. La responsabilidad no imputable está regulada, en primer lugar, en los artículos 790 a 797 del código y la imputable del 798 al 809. Resulta más sencillo comenzar el análisis de este Derecho de obligaciones por el incumplimiento imputable, porque con todos los datos que hasta ahora se han extraído del estudio del Derecho comparado se puede llevar a cabo una interpretación más clara de las normas establecidas en el código civil portugués.

El artículo 798 establece que *"el deudor que falta culposamente al cumplimiento de las obligaciones es responsable por el daño que cause al acreedor"*¹. A continuación en el artículo 799 se lleva a cabo una presunción *iuris tantum* de culpa del deudor en el incumplimiento² y ordena que en este punto se sigan las reglas de la responsabilidad civil extracontractual. Aunque parezca, a primera vista que, el sistema de responsabilidad adoptado por los portugueses ha sido el subjetivista o por culpa-negligencia, la discusión vuelve a surgir entre la doctrina de este país. Los autores distinguen el régimen a seguir dependiendo del tipo de obligación de que se trate. Así, se dice que si la obligación es de medios, en el que la prestación del deudor consiste en un hacer diligente, al deudor para destruir la presunción de culpa que juega en su contra por el mismo hecho del incumplimiento le corresponde probar que actuó con la diligencia que le era exigible en el cumplimiento de su obligación. En este caso concreto se dice que la prueba de la diligencia es suficiente para exonerarse de la responsabilidad³. Si se trata de una obligación de resultado se debe aplicar un criterio de imputación de

¹ Se ha utilizado el Código civil portugués actualizado y anotado de ANTUNES VARELA y BOGOTTE CHORAO en 1984.

² Artículo 799: *"Incumbe al deudor probar que la falta de cumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación no procede de culpa suya. La culpa se aprecia en los términos aplicables a la responsabilidad civil"*.

³ Vid. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 3ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1979, p. 757 y los que allí se citan.

responsabilidad absolutamente objetivo y, en consecuencia, sólo se exonerará el deudor probando el acaecimiento de un caso fortuito que ha originado la imposibilidad absoluta de cumplir. Se aplica en este supuesto el artículo 790 del Código civil portugués que ordena la extinción de la obligación por imposibilidad no imputable al deudor.

En realidad, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, la responsabilidad trazada por el código civil portugués es objetiva. El deudor responde de su incumplimiento. Existe además una presunción *iuris tantum* de culpabilidad-imputabilidad expresamente regulada en el artículo 799. El único medio de exoneración del deudor es la prueba de una imposibilidad sobrevenida no imputable. El problema, que surge una vez más, es el contenido de esa prueba. Es aquí donde se puede decir, por vez primera, que un ordenamiento toma una postura clara. El Código civil portugués acepta expresamente las imposibilidades subjetivas y objetivas, además de las temporales y las absolutas. Cuando se dice ésto no se quiere decir, en absoluto, que se acojan las imposibilidades relativas (*difficultas praestandi*), puesto que el impedimento, aun pudiendo afectar a la persona del deudor, ha de incidir directamente en la prestación por sí y en si misma considerada¹. El artículo 790, en su segundo párrafo da una noción detallada de lo que entiende por imposibilidad sobrevenida de la prestación. Dice: "Cuando el negocio, del que la obligación procede, debe ser hecho bajo condición o término, y la prestación fuese posible a la fecha de la conclusión del negocio, pero se

¹ ALMEIDA COSTA, *op.cit.*, p.774, nota 1, explica que el actual Código civil portugués ha adoptado en este punto la solución que en el anterior también se admitió y que es la que predomina en Francia e Italia. No acoge, por tanto, la doctrina del límite del sacrificio ("*Lehre von der Opfergrenze*"), de procedencia alemana en el que la mera imposibilidad relativa o económica, aun con sus detractores en la doctrina, en ciertos términos es considerada como causa liberatoria de responsabilidad y, en consecuencia, de extinción de la obligación.

tornase imposible antes de la verificación de la condición o término, es la imposibilidad considerada sobrevenida y no afecta a la validez del negocio". Con esta explicación establece el momento en el que debe ser considerada como causa de extinción de las obligaciones la imposibilidad sobrevenida de la prestación. El artículo siguiente (791) dispone que *"La imposibilidad relativa a la persona del deudor importa igualmente a la extinción de la obligación, si el deudor, no cumpliendo ésta, no se pudo hacer substituir por un tercero"*. Es importante destacar los presupuestos que ha de requerir la imposibilidad que afecte al propio deudor porque, en el fondo, no basta la diligencia propia, sino que es necesario haber intentado evitar la imposibilidad o cuando menos el daño que ésta origina. El mismo criterio objetivo se sigue a la hora de acoger una imposibilidad sobrevenida temporal que excluya la mora del deudor. El artículo 792 en su párrafo segundo previene que *"la imposibilidad sólo se considera temporal en cuanto atenta a la finalidad de la obligación y se mantiene el interés del acreedor"*. Mientras dura la imposibilidad no imputable al deudor, éste no responde de los daños resultantes del retraso en prestar, pero una vez desaparecida ésta continúa obligado a efectuarla. Tratándose de un contrato con prestaciones recíprocas, como se verá más adelante, la otra parte contratante está legitimada para resolver el vínculo contractual. En lo que atiene a la imposibilidad sobrevenida parcial se prevé que *"si la prestación se torna parcialmente imposible, el deudor se exonera realizando la parte de la prestación que fuera posible, debiendo en este caso, ser proporcionalmente reducida la contraprestación a la que la otra parte está vinculada. Pero el acreedor que justificadamente no conserva interés alguno en el cumplimiento parcial de la obligación puede resolver el negocio"*. Hasta aquí, no cabe duda de que los criterios adoptados por el legislador portugués son absolutamente objetivos. Para que la imposibilidad

sobrevenida de la prestación, única y exclusiva causa de exoneración de la responsabilidad del deudor (naturalmente dejando a parte que el incumplimiento de ésta no sea atribuible al acreedor o a un tercero del que no deba responder), no le sea imputable al deudor éste debe probar que se debió a un fortuito objetivamente considerado (se aplican los preceptos 505 y 509 relativos a la responsabilidad extracontractual que sigue un régimen objetivo). Los impedimentos personales y los "reales" son tenidos en consideración, al estilo de OSTT¹, es decir, deben de afectar a la prestación en sí y por sí misma considerada. Además, para considerarlo imprevisible e inevitable se exige, también en el caso de que sea personal, que se haya intentado evitar los daños que ha producido el evento fortuito. Se prevé expresamente el riesgo de la imposibilidad sobrevenida en los contratos con obligaciones bilaterales. El artículo 795 permite cuando una de las prestaciones ha devenido fortuitamente imposible que el acreedor que ya haya realizado su obligación exija la restitución de lo entregado, aplicando a este supuesto las disposiciones referentes al enriquecimiento injusto. Pero si la prestación se ha tornado imposible por causa imputable al acreedor éste no queda exonerado de realizar su prestación, aunque si el deudor se ha beneficiado en algo con la exoneración, su beneficio deberá ser descontado de la contraprestación debida por el acreedor.

En cuanto al riesgo de la pérdida de la cosa debida o del fortuito hay que decir que el Código civil portugués lo regula a continuación de la imposibilidad no imputable al deudor y antes de la imputable. El criterio de la distribución de estos riesgos es el de

¹ *Vid., supra*, el parágrafo dedicado a la constitución en mora en el Derecho civil italiano.

la culpa del deudor. Se aplica la regla romana "*res suo domino perit*"¹. Se establece, en el artículo 796 que en los contratos que comporten la transmisión de la propiedad o que constituyan o transfieran un derecho real sobre ella, el perecimiento o deterioro de la cosa por causa no imputable al alienante corre por cuenta del adquirente. Por consiguiente, el criterio utilizado es el mismo que en cualquier incumplimiento. Será el deudor-alienante que tiene la obligación de entrega quien cargue con la obligación de probar el caso fortuito. En su segundo apartado esta norma prevé que si la cosa estaba en poder del alienante-deudor porque el término establecido en el contrato juega a su favor, el riesgo se transfiere con el vencimiento del término o la entrega de la cosa, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 807 referente a la constitución en mora. Y, por último, se establece que cuando el contrato estuviera pendiente de condición resolutive, el riesgo del perecimiento durante la pendencia de la condición corre por cuenta del adquirente si la cosa le hubiera sido entregada. Si la condición es suspensiva, el riesgo corre por cuenta del alienante durante la pendencia de la condición. De la distribución de los riesgos que se lleva a cabo en este ordenamiento no cabe más que afirmar la objetividad del sistema acogido. El deudor responde mientras no pruebe el caso fortuito y los riesgos de la pérdida o deterioro de la cosa debida, como debida que es, corren a cargo del deudor hasta que cumpla su obligación². En cualquier caso, se trate de daños

¹ En el Derecho portugués se sigue la regla consensualista francesa de la transmisión de la propiedad por el acuerdo de voluntades. Es por ello, que el riesgo se lo atribuye al adquirente, pero lleva a cabo una presunción *iuris tantum* de culpabilidad en la pérdida del disponente. En realidad, se sigue el principio, como se dijo al tratar el Derecho Común, del riesgo para el deudor hasta que realice la entrega o cumpla su obligación.

² En el caso de que se trate de una obligación de envío el deudor traslada los riesgos cuando haya cumplido poniendo en camino la mercancía prometida. El artículo 797, con el que se finaliza la regulación de la imposibilidad no imputable y de la distribución de los riesgos por los deterioros y pérdidas del objeto de la prestación establece expresamente que "*Cuando se trate de una cosa que, por fuerza del convenio, el alienante deba enviarla a un lugar distinto del de la celebración, la transmisión del riesgo se opera con la entrega al transportista o expedidor de la cosa o a la persona indicada para la ejecución del envío*". Este

se trate de riesgos, el deudor está legitimado para probar el acaecimiento de un caso fortuito y destruir la presunción *iuris tantum* que juega en su contra.

Como es lógico después de haber examinado estos preceptos, el código civil portugués acoge la responsabilidad del deudor por sus auxiliares de los que se sirve en el cumplimiento de las obligaciones (artículo 800) y la absoluta, salvo la conocida prueba de que la cosa se hubiera igualmente perdido de haberse cumplido a tiempo, en el caso de constitución en mora del deudor (artículo 807).

En cuanto a la regulación que se lleva a cabo de la constitución en mora del deudor se puede desde este momento anticipar que no es muy diferente, pero sí más clara y detallada, de la elaborada por el resto de los ordenamientos estudiados. El código civil portugués dedica a este instituto jurídico seis preceptos muy amplios, de los cuales dos han sufrido una reforma importante con el Decreto-Ley nº.262/83 de 16 de junio, cuyo objetivo era, en el primer caso, establecer un término específico del comienzo de la mora en el caso de obligación de indemnizar procedente de hecho ilícito y en el segundo, establecer la facultad del lesionado extracontractualmente de exigir la indemnización del daño mayor suplementaria a la legalmente tasada.

La regulación de la constitución en mora del deudor comienza con el artículo 804 que, en su primer apartado, establece que la simple mora constituye al deudor en la

precepto ratifica la idea de que la transferencia de los riesgos opera con el cumplimiento exacto de la prestación y que, seguramente, nada tiene que ver que se trate de un comprador o de un vendedor, de un arrendador o un arrendatario, sino que, en realidad, existe y se aplica la *regla periculum est debitoris*.

obligación de reparar los daños causados al acreedor. En el segundo dispone que el deudor se considera constituido en mora cuando, por causa que le sea imputable, la prestación, todavía posible, no fué efectuada en el tiempo debido". Este precepto deja desde el prier momento claro cuáles son los presupuestos de la constitución en mora: un retraso imputable al deudor que es susceptible de ser purgado con el posterior cumplimiento de la obligación. Sin embargo, el primer párrafo habla de la simple mora como causa o fundamento suficiente de indemnización de los daños y perjuicios. ALMEIDA COSTA¹ en este punto se remite a BENATTI quien apoya la distinción del simple retraso y constitución en mora como fundamentos distintos de responsabilidad, pues si el primero por sí solo puede dar lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el retraso, el segundo es necesario para el traslado de todos los riesgos al deudor. Pues bien, del tenor literal de este artículo se puede concluir que es posible hablar en el Derecho portugués de la relevancia jurídica del simple retraso a estos efectos.

Para la eficacia de la constitución en mora, en principio, es requisito exigido, también en este ordenamiento, la interpelación judicial o extrajudicial del acreedor al deudor exigiéndole el cumplimiento de la obligación. Aquí se sigue la regla general de la constitución en mora mediante interpelación o requerimiento. Además el artículo 805.1º fija el momento en que empieza a surgir efectos: después del requerimiento. Se prevén tres casos de constitución en mora automática que dejan entrever la influencia de los ordenamientos codificados anteriormente al portugués. El primer supuesto es el de

¹ Vid., ALMEIDA COSTA, *op.cit.*, p. 765 y nota 1.

que la obligación tuviera un plazo cierto. La doctrina es unánime al negar que se esté contemplando un caso de término esencial, puesto que da lugar a un incumplimiento definitivo, y ni siquiera un plazo suspensivo o inicial. ALMEIDA COSTA¹ al explicar las obligaciones a plazo y las condicionales distingue el supuesto a que hace referencia esta excepción de mora automática. Puede acontecer —dice— que las parte hayn convenido que la fijación del plazo quede a criterio del deudor, en el sentido de confiarle la facultad de escoger el momento de cumplimiento, atendiendo a las circunstancias porque sólamente éste sabe el momento oportuno en que debe ocurrir el cumplimiento. Es precisamente éste el caso que prvéen todos los ordenamientos cuando hablan de constitución en mora automática cuando se ha establecido un plazo. No se refiere a cualquier obligación a término, sino a aquellas en el el momento de cumplimiento ha de quedar necesariamente a elección del deudor porque es éste quien sabe la oportunidad de cumplir y los riesgos de no hacerlo a tiempo.

El segundo caso de exoneración del requisito de la interpelación para considerar que el deudor está constituido en mora por el incumplimiento o retraso es el de que la obligación provenga de un hecho ilícito. Este supuesto ha sido contemplado sino expresamente, al menos implícitamente, por todos los ordenamientos jurídicos de tradición romana.

El tercero, y último, es el caso de que el deudor haya impedido la interpelación. En este caso se considerará interpelado en la fecha en que normalmente la hubiera

¹ *Vid., op cit., p.729 y ss.*

recibido (art.805.2º.c)). Este supuesto ha sido considerado como mora automática no sólo por el código civil portugués, sino implícita o expresamente por todos los demás. En realidad, la interpelación debe ser al menos intentada por parte del acreedor. Basta, por ello, que llegue al ámbito de actividad del deudor o a su círculo profesional o empresarial, al igual que a su domicilio. Por ello, no se puede considerar un supuesto exacto de mora automática, sino más bien de mora mediante interpelación.

Pero, quizá, la novedad más importante que contiene la regulación portuguesa de la constitución en mora del deudor a diferencia de la que llevan a cabo los demás ordenamientos hasta ahora estudiados es el tercer apartado del artículo 805. Reza así: *"Si el crédito fuera illíquido, no hay mora en tanto no devengue líquido, salvo que la falta de liquidez fuera imputable al deudor. Tratándose de responsabilidad por hecho ilícito o por el riesgo, el deudor se constituye en mora desde la citación, a menos que ya esté en mora, en los términos de la primera parte de este número"*. Se introduce, por tanto, la regla *in illiquidis non fit mora*, pero de un modo objetivo. La iliquidez de las deudas, como causa de exoneración de la situación de mora, no ha de serle imputable al deudor. Con ello, se esclarecen todas las dudas que hasta el momento surgían de la aplicación de esta máxima del derecho Común. Deberá ser el propio deudor quien, para evitar la eficacia y consecuencias de la constitución en mora, pruebe que la iliquidez es imputable a la falta de cooperación del acreedor, a un tercero o a caso fortuito. Mientras, y ésto es importante, la deuda se presumirá líquida¹.

¹ El texto de este artículo derogado por el Decreto-Ley, nº.262/83 de 16 de junio establecía esta misma regla en los mismos términos, pero la ha ampliado a los supuestos de que la deuda provenga de un ilícito civil. En los que los efectos de la constitución en mora se originan desde el momento de la citación, pero teniendo siempre en cuenta que es un supuesto de mora automática y, en consecuencia, no exige la intimación para que exista.

También en este sistema las obligaciones pecuniarias sufren una regulación especial. El artículo 806 dispone que *"en la obligación pecuniaria la indemnización corresponde a los intereses a contar desde el día de la constitución en mora"*. La regla es la misma que la prevista en los demás códigos¹. Los daños debidos son los intereses legales, salvo que antes fuera debido un interés más elevado o que las partes hubieran estipulado un interés moratorio distinto al legal (art.805.2º). Estos intereses son susceptibles de ser ampliados en caso de que el acreedor, de una indemnización derivada de un ilícito civil o de una obligación cuyo riesgo corre de parte del deudor, así lo exija porque los otorgados con el criterio de la tasa legal no cubren los daños que efectivamente se le han irrogado (art.805.3o).

La consecuencia de la constitución en mora del deudor se proyecta en el artículo 806. *"Por el hecho de estar en mora, el deudor deviene responsable del perjuicio que el acreedor sufra por la pérdida o deterioro de aquello que se le debería entregar, aunque éstos hechos no le sean imputables. Queda salva la posibilidad del deudor de probar que el acreedor hubiera sufrido igualmente los daños si la obligación hubiera sido cumplida a tiempo"*. Esta regulación es la misma que ha realizado los demás códigos civiles que hasta el momento se han analizado y, en consecuencia, le es aplicable lo que se ha dicho anteriormente de ellos.

El último precepto que dedica el código civil portugués a la constitución en mora

¹ Esta norma, como ya se dijo al empezar el párrafo fué también reformada por el Decreto-Ley, nº.262/83 de 16 de junio para introducir la facultad del lesionado por un ilícito civil o por la distribución de los riesgos de la que ya se ha hablado, que considera insuficiente la indemnización conforme a los intereses legales, de exigir la reparación suplementaria de los daños superiores que haya soportado.

es el 808 en el que establece otra consecuencia importante derivada de esta especial situación jurídica. Como se dijo en su momento, en constituido en mora no se puede estar eternamente. El incumplimiento, se esté o no constituido en mora, se purgue o no, debe acabarse en algún momento. Pues bien, el precepto a que se ha de referencia establece que si el acreedor, como consecuencia de la mora, pierde el interés en obtener la prestación, o ésta no se realiza en un plazo razonable fijado por el propio acreedor, se debe considerar para todos los efectos incumplida definitivamente la obligación". Parece, por tanto, que la constitución en mora del deudor lleva implícita una condición o, más bien, un término resolutorio. Pero ello no quiere decir, como se vió más arriba que para ejercer la facultad resolutoria, implícita en todo contrato con prestaciones recíprocas, sea necesaria la previa constitución en mora, sino que significa más bien lo contrario, si el acreedor ha optado en su momento por el cumplimiento aun tardío de la obligación, posteriormente y siendo reiterado el incumplimiento del deudor, podrá ejercitar automáticamente la resolución del contrato. Ahora bien, como advierte el propio apartado segundo de este artículo, la pérdida del interés en la prestación ha de ser apreciada objetivamente.

De las normas de responsabilidad contractual por incumplimiento previstas por el legislador portugués se pueden extraer, desde mi punto de vista, algunas conclusiones útiles. En primer lugar, el sistema de responsabilidad es objetivo. Se responde por incumplimiento y la única causa de exoneración permitida es la prueba de una imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, es decir, un caso fortuito objetivamente considerado. La constitución en mora del deudor sigue siendo el vehículo jurídico articulado por el legislador para que el acreedor le traspase todos los riesgos

fortuítos al deudor incumplidor. El modo de hacerlo es el de la interpelación judicial o extrajudicial del acreedor exigiendo el cumplimiento al deudor. Son tres los casos admitidos en los que la interpelación no es necesaria y, en consecuencia, el deudor desde el momento mismo en que incumple ha de considerarse constituido en mora. Se aplica, la máxima *dies interpellat pro homine*, pero no entendida en el sentido de que hace alusión a las obligaciones a plazo sino que, en el primer caso hace referencia a aquel tipo de obligaciones donde el momento de cumplir se deja al arbitrio del propio deudor porque sólo el (de las partes que intervinieren en la relación contractual) está capacitado para saber el momento oportuno en el que debe cumplir la obligación sin riesgos de que esta sufra algún percance. En el segundo supuesto se prevé la aplicación de la regla *dies interpellat pro homine* para el ilícito civil, puesto que, desde el Derecho romano, se entiende que no es necesario requerir en estos casos civilmente reprobables. Y en tercer lugar se encuentra el caso de que sea el propio deudor quien, dolosamente, eluda la interpelación que de hecho es requisito indispensable. En este caso, como se ha dicho, no se trata de un supuesto de genuína mora *ex re* y ni siquiera regiría el principio *dies interpellat pro homine* puesto que los efectos de la mora comienzan desde el día en que debió ser efectuada la interpelación personal al deudor.

Otra conclusión que se extrae del análisis breve del derecho portugués es que se acepta la aplicación de la regla de Derecho Común *in illiquidis non fit mora*, pero se establece una presunción de liquidez, puesto que será el deudor quien deba probar que la falta de liquidez de la deuda no le es imputable. Se sigue, por otro lado, la regla especial de los intereses pecuniarios en el caso de las obligaciones consistentes en el pago de una suma de dinero acogida por los demás ordenamientos comparados en este

trabajo, y sólo se admite la prueba del daño mayor para aquellos supuestos en que la indemnización proceda del ilícito civil o de la distribución de riesgos realizada por las partes o por el legislador en el artículo 796 del Código civil. Por último, se permite expresamente que, tras la constitución en mora del deudor, si éste no cumple en el plazo fijado de antemano por su acreedor o la prestación tardía ya no satisface el interés (objetivamente) del acreedor, éste último dé por resuelto el vínculo contractual.

VI.- LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR EN LOS SISTEMAS DE *COMMON LAW*¹

El derecho inglés y en general todos aquellos que están adscritos a lo que se conoce por *Common Law* extrañamente no se diferencia sustancialmente de los demás derechos continentales en cuanto a las causas de extinción de la relación obligatoria (*discharge of the contract*). Digo que extrañamente pues no es raro leer en los autores

¹ Para realizar este epígrafe se han tenido en cuenta especialmente las obras de DAVID R.-GRIVART KERSTRAT.F., *Les contrats en droit anglais*, ed. L.G.D.J., Paris, 1973; FRANZONI, M., *Il libro delle obbligazioni e dei contratti*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, septiembre 1993, n.3, p.861 y ss.; *id.*, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Ed. Cedam, Padua, 1988; FERRARI, F., *Prevedibilità del danno e contemplation rule*, en *Contratto e impresa*, 1993, n.2, p.760 y ss.; VAN CAENEGEM, R.C., *An historical introduction to private law*, traducido por D.E.L. Johnston, Cambridge University Press, 1992; FRIED, Ch., *Contract as promise. A theory of contractual obligation*, Oxford University Press, 1981; ATIYAH, P.S., *The sale of goods*, Ed. Pitman, Londres, 1990; SMITH, J.C.-THOMAS, J.A.C., *A casebook on contract*, Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1977; CRISCUOLI, G., *Il contratto nel diritto inglese*, Ed. Cedam, Padua, 1990; ZWIEGERTAND, K.-KÖTZ, K., *An introduction to comparative law*, traducido del alemán por T. Weir, Clarendon Press Oxford, 1993; LUPOI, M., *Common Law e Civil Law (alle radici del diritto europeo)*, en *Il Foro Italiano*, septiembre 1993, n.9, p.V-432 y ss.; FUSARO, A., *Il contratto nei sistemi di Common Law*, en *Contratto e impresa*, 1986, n.2, p.663 y ss.; ALPA, G., *Rischio contrattuale*, en *Contratto e impresa*, 1986, n.2, p.619 y ss.; BESSONE, M., *Svolgimento storico della Law of contract. Il ruolo dei giuristi e la loro politica del diritto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1978, I, p.48 y ss.; ANSON, W.R., *Principles of the english Law of Contract*, Oxford, 26 ed., p.479 y ss.; CHESHIRE & FIFOOT, *The Law of Contract*, Londres, 7 ed., p.554 y ss.; CHITTY, *On contracts. General Principles*, Londres, 1983, vol.I, p.1671 y ss.; CABELLA PISU, L., *La responsabilità contrattuale in common law*, en *Atlante di diritto privato comparato*, dirigido por F. GALGANO, Ed. Zanichelli, Bologna, 1992, p.125 y ss.

que existe una diferencia radical entre los sistemas anglosajones y los continentales. Sin embargo, en el caso de la responsabilidad contractual se puede, desde este momento, afirmar que el actual sistema que siguen los anglosajones no es sustancialmente muy diferente de los que hasta aquí se han analizado. Quizá, y ésto se debe destacar, la construcción doctrinal anglosajona de la responsabilidad por el incumplimiento contractual ha seguido un proceso inverso del continental. Si entre nosotros, prescindiendo ahora del derecho romano, se comenzó con tesis culpabilistas acerca del incumplimiento ("no hay incumplimiento sin culpa") para posteriormente ir avanzando hacia la objetivación (heredada, sin duda, del derecho romano clásico), los sistemas de *Common Law* partieron del extremo opuesto, es decir, de una concepción del incumplimiento y de la responsabilidad contractual absolutamente objetiva ("*rule as to absolute contract*") para ir aminorando poco a poco, y seguramente por la influencia del Derecho romano recibido por la obra, entre otros, de POTHIER, la rigurosidad de esta primera concepción del ilícito contractual. No es gratuito recordar aquí que se ha demostrado¹ que las enseñanzas de POTHIER influyeron no sólo en los ordenamientos de ámbito romanista, sino en los del *common law* gracias a la publicación de su *Tratado de las obligaciones*, traducido por W.D.Evans, en 1806. Tanto es así que algunas, ya famosas, sentencias lo reconocen expresamente. Así, por ejemplo, en el caso *Blanchard v. Ely* de 1839², en *Maness-Owens v. H.S.Owens & Son* de 1921³, en *Masterton v. Mayor of Brooklin*⁴ de 1845, en *Sinclair Refining Co. v. Hamilton & Dotson* de 1935⁵,

¹ Vid. a este respecto, F. FERRARI, *op.cit.*, p.764 y notas 26 y 27.

² *Blanchard v. Ely.*, 21 Wendell 342, 34 Am.dec.250 (N.Y.1839)

³ *Maness-Owens Co. v. H.S. Owens & Son*, 105 S.E.543 (Va.1921).

⁴ *Masterton v. Mayor etc.of Brooklyn*, 7 Hill 61, 42 Am.Dec.38 (N.Y.1845).

en *Griffin v. Colver* de 1858¹, o en *Jones v. George* de 1884².

Resumiendo, se puede decir que en el *Common Law* son cinco los modos principales en los que la relación contractual puede finalizar. En primer lugar, el contrato se extingue normalmente por la ejecución exacta o correcta (*due performance*) de la prestación prevista en el contrato (*discharge by performance*). En segundo lugar, el incumplimiento definitivo, temporal o defectuoso de la obligación por una de las partes de la relación contractual puede otorgar a la otra el derecho de dar por finalizado el contrato (*discharge by breach of contract*). El contrato, además, se puede extinguir, de modo convencional, por el acuerdo de las partes, es decir, por el efecto de una cláusula resolutoria o por la novación del contrato (*discharge by agreement*). En cuarto lugar, puede finalizar la relación contractual por la sobrevenida imposibilidad de llevar a cabo la obligación que el contrato comporta (*supervening impossibility o subsequent impossibility*) que da lugar a la llamada *frustration of the contract*).³ Y por último, y para ser exactos, existe la extinción contractual por mandato legal expreso, es decir, en virtud de una disposición legal (*discharge by operation of law*).

³ *Sinclair Refining Co. v. Hamilton & Dotson*, 178 S.E. 777 (Va.1935).

¹ *Griffin v. Colver*, 16 N.Y.489 (1858).

² *Jones v. George*, 48 Am.Rep.280 (Tex.1884).

³ Naturalmente, también se extingue el contrato, como ocurre en nuestro derecho, por efecto de la condición resolutoria, por la ejecución de una nueva convención entre la partes: novación, confusión, compensación, etc... (*discharge by agreement*) o porque la ley así lo disponga expresamente (*discharge by operation of the law*). No ocurre lo mismo con la prescripción extintiva que es considerada en el *common law* como materia del derecho procesal y no del derecho de obligaciones. Estrictamente, la prescripción, en el derecho inglés, no forma parte de las causas de *discharge of the contract*. Vid. DAVID-GRIVARTKERSTRAT, *op.cit.* 366 y ss).

En todos estos modos de extinción de las relaciones contractuales, el *Common Law*, a su vez distingue, en cada uno de ellos subtipos de extinción. Así, y sin ánimo de exhaustividad, para ver más claramente el panorama anglosajón, en lo que aquí interesa, se puede llevar a cabo un estudio de todas estas figuras tomando como punto la clasificación apuntada más arriba.

1º.- Extinción por el cumplimiento de la obligación (*discharge by performance*):

El contrato, se ha dicho, se extingue por el cumplimiento de las obligaciones previstas en él. El modo de realizar el pago o cumplimiento no se diferencia extraordinariamente del de los sistemas continentales. Solamente hay que atender a la exactitud del cumplimiento (*due performance*), que se concreta en el cumplimiento tempestivo y no retrasado de la obligación, el cumplimiento total o el no defectuoso y la aceptación o recibo de la prestación.

La regla general del cumplimiento es la de que debe ser exacto y completo. Un cumplimiento que se ha desviado mínimamente de lo previsto en el programa prestacional pactado por las partes puede ser rechazado por este motivo. Esto es aplicable a cualquier tipo de obligación, tanto de dar como de hacer.

Existen varios casos jurisprudenciales famosos en este punto¹. Es necesario hacer

¹ *Vid.* R. DAVID- F. GRIVART KERSTRAT, *op. cit.* pág.368; W. ANSON, *op.cit.* pág. 405. Todos ellos, por otra parte, sirven además para ejemplificar el concepto que de *breach of contract* o incumplimiento contractual se tiene en este sistema jurídico. Por ello, y habiendo sentado todos ellos jurisprudencia, serán recordados, en su mayor parte, en el apartado dedicado al incumplimiento.

referencia a ellos, dado que a falta de derecho positivo escrito, los supuestos resueltos por los Tribunales ingleses iluminarán el sistema de criterios seguido por este ordenamiento para resolverlos.

En el primer caso, sin duda, se puede afirmar que la decisión tomada por el Tribunal fué dura (*Cutter v. Powell*, 1795, 6 Term Rep, 320¹). Powell, el demandado, había contratado a Cutter como segundo de abordó para una travesía que debía realizar de Jamaica a Liverpool. Cutter debía recibir 30 guineas diez días después de finalizado el viaje. El navío llegó a Jamaica el 2 de agosto. Cutter murió el 20 de septiembre, 19 días antes de que la nave llegase a Liverpool. El Tribunal estimó que Cutter sólo había cumplido parte de su obligación y que, por lo tanto, no tenía derecho a contraprestación alguna.

Esta regla tan estricta según la cual el deudor no puede imponer a su acreedor un cumplimiento parcial, entendiendo como tal, la mayoría de las veces, el incorrectamente realizado, tiene, a pesar de su crudeza, algunas excepciones. El *Sale of Goods Act*, 1979, sect.30, prevé expresamente² que no podrá considerarse como pago inexacto o parcial, aquél que el acreedor aceptó como tal, rechazando después los sucesivos intentos del deudor de cumplir totalmente su deuda. Ya que con la aceptación del primer pago se ha transformado la obligación de indivisible en divisible, y a estos tipos de obligaciones no se les aplica el régimen estricto de las anteriores.

¹ Vid. R. DAVID-F.GRIVART KERSTRAT. *op. cit.*, pág.369

² *Sale of Goods Act*, 1979, s. 30.

En el caso *Moore & Co Ltd. v. Landauer Ltd.* (1921, 2 K.B. 519), los demandantes-compradores habían acordado con los demandados la entrega de cierta cantidad de frutas en conserva en cajas de 30 latas cada una. Los demandados-vendedores habían entregado la cantidad pactada pero en cajas de 24 latas cada una. El Tribunal estimó que los compradores podían rechazar la entrega de la mercancía, ya que en un contrato de venta de mercaderías, la entrega al comprador de una cantidad de mercancías mayor o menor de la contratada, en principio le otorga el derecho a rechazarla. Ahora bien, añade que, la única excepción a esta regla se encuentra en el hecho de que la desviación o incorrección cometida en la realización de la prestación sea absolutamente microscópica, en cuyo caso se estimará el cumplimiento correcto de la obligación en virtud de la máxima *de minimis non curat lex*¹

Poco a poco, el Derecho inglés de conformidad con el principio de la buena fe que debe presidir todas las relaciones contractuales fue mitigando el rigor de la regla de la total exactitud del pago o cumplimiento de los contratos². A partir de la noción de *substantial performance* o cumplimiento sustancial, los tribunales han introducido el criterio de que si una de las partes ha realizado sustancialmente su obligación (como podía ser el caso de *Cutter & Powell*), el otro contratante no puede resolver el contrato, aunque tiene derecho a una indemnización de los daños causados por el inexacto cumplimiento. El deudor, aunque sea incumplidor, tendrá derecho por su parte a ser

¹ *Sale of Goods Act*, 1893 (56 & 57 Vict., c. 71). Vid. ANSON, *op.cit.*, pág.407, nota 1, y en el actual de 1979 se encuentra previsto en la sección 8 y 30, completada en el *Supply of Goods and Services Act* de 1982, sect. 15. Ejemplos jurisprudenciales de estas excepciones son las resoluciones de los casos *Spain v. Arnott* (1817) 2 Starj N.P.C. 256; *Boston Sea Fishing and Ice Co. v. Ansell* (1888) 39 Ch.D. 339, citados por G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p.383.

² Así en *Harling v. Eddy* (1951) 2 K.B. 739; *Dakin and Co. Ltd. v. Lee* (1916) 1. K.B., 566, 579.

remunerado en lo que el acreedor se haya visto enriquecido con su cumplimiento¹.

Este criterio aparece en *Dakin & Co. Ltd. v. Lee* (1916, 1. K.B., 566), en el que un constructor es contratado para hacer ciertas reformas en un edificio. Este las realiza en su totalidad, pero se olvida de tres detalles insignificantes. El Tribunal estima el correto cumplimiento del constructor.

Otra excepción introducida por los Tribunales es si la prestación a la que estaba obligado el deudor puede entenderse, a partir de una interpretación del contrato, divisible. Si ello es así, el deudor que cumpla en parte o defectuosamente su deber tiene derecho, como ocurre en la excepción anterior, a una compensación proporcional a lo prestado, siempre con la obligación de resarcir a su acreedor el daño que le haya ocasionado con su cumplimiento inexacto².

También existe una presunción legal, prevista en la sección 30, del *Sale of Goods de 1979*³ de que el acreedor que recibe o al que se le consigna la mercancía acepta explícita o implícitamente un pago defectuoso, aunque conserva su derecho a la indemnización.

¹ A esta regla se la denomina "*quantum meruit rule*" y en definitiva se trata de una acción general de enriquecimiento reconocida legalmente en el *Sale of Goods, 1979, sect. 8* y en el *Supply of Goods and Services Act, 1982, sect. 15*

² *General Billposting Co., Ltd. v. Atkinson* (1909) A.C. 118; *Roberts v. Havelock* (1832) 3 B. and Ad. 404; *Taylor v. Webb* (1937) 2 K.B. 283; *Fearon v. Earl of Aylesford* (1884) 14 Q.B.D. 792., citados por ATTIAH, op.cit., p.108 y 109 y G. CRISCUOLI, op.cit., p. 384.

³ "Where the seller delivers to the buyer a quantity of goods less than he contracted to sell, the buyer may reject them, but if the buyer accepts the goods so delivered he must pay for them at the contract rate". En la misma sección 30 (4) se establece la misma regla para el caso de que sea defectuoso en cuanto a sus cualidades: "Where the seller delivers to the buyer the goods he contracted to sell mixed with goods of a different description not included in the contract, the buyer may accept the goods which are in accordance with the contract and reject the rest, or he may reject the whole"

Por lo que se refiere al ofrecimiento de pago como medio de cumplimiento de la obligación, y por lo tanto de extinción de la relación contractual, el derecho anglosajón suele distinguir entre las obligaciones de dar y las pecuniarias. Por regla general, la oferta de cumplimiento (*tender of performance*) equivale al cumplimiento y el acreedor que lo ha rechazado debe indemnizar los daños y perjuicios causados por su negativa.

Cuando en un contrato de venta de mercancías el vendedor satisface todas las estipulaciones o requisitos del contrato acerca de la entrega, y el comprador, sin embargo, rehúsa a aceptarla, el vendedor se ve liberado de su obligación en virtud de ese ofrecimiento (*tender of goods*) y puede ejercitar la acción de incumplimiento contractual contra el acreedor reticente al cobro. Uno de los casos más antiguos y recordados de la jurisprudencia inglesa, en la aplicación de esta regla es el de *Startup v. Macdonald* (1843, 6 Man. & Gr. 593)¹. Los demandantes convinieron vender y entregar al demandado una cierta cantidad de aceite dentro de la última quincena del mes de marzo. El día 31 de marzo, sábado, a las ocho y media de la tarde, los vendedores ofrecieron la mercancía al comprador, quien rechazó la entrega por entender que era una hora demasiado tardía para recibirla. EL Tribunal estimó la demanda del vendedor y condenó al comprador a indemnizar los daños y perjuicios causados por el rechazo de éste, declarando que el comprador tenía todavía tiempo hasta finales de marzo (y eso que era un sábado, 31 de marzo, a las ocho y media de la tarde) para examinar, pesar y aceptar la mercancía.

¹ Vid. Anson, *op.cit.* pág. 409; DAVID-GREVART KERSTRAT, *op. cit.*, pág. 370.

Si bien es cierto que el *Sale of Goods Act* de 1979, en su sección 37, prevé que si el vendedor está dispuesto y preparado para la entrega de las mercaderías y requiere al comprador para que la acepte, el comprador deberá hacerlo en un tiempo razonable o deberá indemnizar al vendedor de las pérdidas ocasionadas por su negligencia¹. También lo es que, en su sección 29 (5), contempla algunas excepciones a esta regla. Así, declara ineficaz la oferta de cumplimiento realizada a una hora intempestiva o que no sea razonable. Aclarando, a continuación, si con esta explicación lo puede hacer, que interpretar lo que se quiere decir con "hora razonable" es una cuestión de hecho².

En lo que se refiere al ofrecimiento de pago de una deuda pecuniaria (*tender of money*), en principio la regla que rige es la de que ésta no tiene efecto liberatorio para el deudor y que el acreedor deberá solamente soportar todas las costas procesales si, posteriormente, intenta una acción contra el deudor y él consigna en juicio la cantidad adeudada. Cuando el cumplimiento consiste en el pago de una suma de dinero, la oferta hecha por el deudor, constituye una defensa para éste si la acción de su acreedor prospera, pero en ningún caso constituye su liberación de la obligación. El deudor está obligado, en primer lugar, a encontrar al acreedor y a pagarle la deuda cuando debe. Es una regla general que el cumplimiento no viene realizado después de una intimación o demanda a tal efecto el acreedor. Es el deudor quien debe buscar a sujeto a favor del

¹ Del mismo modo la sección 28 establece que "*Unless otherwise agreed, delivery of the goods and payment of the price are concurrent conditions, that is to say, the seller must be ready and willing to give possession of the goods to the buyer in exchange for the price, and the buyer must be ready and willing to pay the price in exchange for possession of the goods*".

² *The Sale of Goods Act, 1979, Sect. 29 (5): "Demand or tender of delivery may be treated as ineffectual unless made at a reasonable hour; and what is a reasonable hour is a question of fact"*. Ejemplo de ello es la decisión tomadas en los casos *Thomas Borthwick (Glasgow) Ltd. v. Bunge & Co Ltd* (1969) 1 *Lloyd's Rep* 17, 28.

que debe realizar la prestación¹. Si el acreedor no la acepta cuando se la ofrece, el deudor debe continuar estando dispuesto y preparado para pagársela. Posteriormente, cuando sea demandado por el acreedor, puede alegar o excepcionar que le ofreció el pago, pero la deuda dineraria deberá pagarla y consignarla siempre en el Tribunal. Si después el deudor prueba su alegación, el actor no obtendrá nada más que el dinero que le había sido originariamente ofrecido, mientras que el demandado, obtendrá una sentencia sin costas a su cargo y de esta manera quedará situado en la misma posición que hubiera tenido si el acreedor le hubiese aceptado el pago cuando se lo ofreció.

El ofrecimiento de pago para ser un cumplimiento válido en este sentido, debe haber cumplido exactamente todas las cláusulas y términos específicos que sobre el lugar, el tiempo y la forma de pago se hayan estipulado en el contrato. Y la oferta debe ser de dinero y accesible al acreedor.

Ya que lo que aquí interesa, especialmente, es el tiempo en el cumplimiento de la obligación hay que destacar que en el Derecho inglés la solución depende de si ha sido o no prevista fecha de cumplimiento en el contrato y si de las cláusulas del mismo se puede extraer la voluntad de las partes para el caso de incumplimiento. Rige, por tanto, en primer lugar, el principio *pacta sunt servanda*.

¹ Así, por ejemplo, en *Walton v. Mascall* (1844) 13 M. and W. 452. Esta regla puede ser modificada convencionalmente por las partes si, por ejemplo, es el acreedor quien debe determinar la cuantía o cualidad de la prestación, *Brown v. Great Eastern Ry.* (1877) 2 Q.B.D. 406; *Rawson v. Johnson* (1801) 1 East 203; *Bills of Exchange Act 1882*, ss. 40, 41, 43. Citados por G. CRISCUOLI, op.cit., pág.372.

La regla general en lo que al tiempo de cumplimiento se refiere es que es una condición que afecta directamente a la existencia misma del contrato, y por lo tanto, el acreedor, en principio, puede resolver el contrato(*repudiated*) si el deudor no ha cumplido su obligación en el plazo establecido. Ahora bien, puede ocurrir que el tiempo se considere como una cláusula independiente del contrato, es decir, que no sea esencial al mismo, en cuyo caso no se podrá resolver. Esto fue lo que ocurrió en el caso *Woolfe v. Horne* (1877 ; 2 Q.B.D. 355) en el que el demandante había adquirido los bienes en una subasta y fue puesto en posesión de ellas tiempo después del fijado en el contrato. El tribunal estimó que la estipulación relativa al tiempo de cumplimiento era una cláusula independiente del contrato y que no afectaba a la esencia del mismo. La sección 10, del actual *Sale of Goods de 1979*, en su subsección 2 dispone que "*Whether any other stipulation as to time is of the essence of the contract or not depends on the terms of the contract*".

Si no se ha previsto nada, ni se ha pactado un término para la realización de la prestación, se entiende que el contrato debe ser ejecutado inmediatamente, aceptándose únicamente un pequeño y razonable retraso que se haya podido producir por extremas circunstancias.

En los contratos con prestaciones recíprocas el principio general es el de que el cumplimiento del contrato debe ser simultáneo por las partes contratantes. Esta regla es absolutamente rigurosa en el ámbito de la venta de cosas muebles corporales¹. Sin

¹ *The Sale of Goods Act, 1979, sect. 28*

embargo, el principio general sufre algunas modificaciones o excepciones en aquellas obligaciones recíprocas que se consideran independientes una de otra, de manera que una parte debe ejecutar la obligación a la que se ha comprometido, aunque la otra no lo haya hecho, estando legitimada para demandarle la indemnización de los daños y perjuicios causados por su incumplimiento. La tendencia de los Tribunales es a restringir el campo de actuación de estas excepciones, pero es comunmente admitida por la jurisprudencia en el caso de los arrendamientos donde la obligación del arrendatario de pagar el canon arrendaticio es absolutamente independiente de la obligación de reparar el inmueble del arrendador. En consecuencia, el inquilino que se retrasa en el pago del alquiler no puede alegar que también ha existido incumplimiento de la obligación de reparar el inmueble por parte del arrendador¹.

Cuando se ha establecido una fecha en el contrato para la realización de la prestación la regla del *common law* es estricta: el término fijado es una "fecha rigurosa"² y se deben indemnizar los daños y perjuicios que el retraso ha irrogado, además de la facultad que se le otorga al acreedor de resolver el contrato. La *equity* aunque no contempla esta cuestión, se pregunta si las partes, cuando han fijado un término han querido prever algo más que el cumplimiento dentro de un plazo razonable. Si se encuentra que ésta ha sido su única intención, el contrato no se incumple si la parte que estaba obligada a cumplir en ese tiempo, estaba dispuesta y preparada para

¹ Así, por ejemplo, en *Postlethwaite v. Freeland* (1880) 5 App. Cas. 599; *Charnock v. Liverpool Corporation* (1968) 1. W.L.R. 1498; *Sale of Goods Act 1979*, sec.29 (3). "Where under the contract of sale the seller is bound to send the goods to the buyer, but no time for sending them is fixed, the seller is bound to send them within a reasonable time

² *vid*, DAVID-GRIVART KERSTRAT, *op.cit.* p.368, G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 372; P.S. ATIYAH, *op.cit.*, p.109. Así ocurrió en *Parkin v. Thorold* (1852) 16 Beav. 59; *Bowes v. Shand* (1877) 2 App. Cas. 455.

hacerlo en un tiempo razonable. Esta que empezó siendo una regla de equidad seguida en los *Judicature Acts*¹, ahora se ha transformado en una regla legal, prevista en la Sección 41 del *Law of Property Act de 1925*: "*Stipulations in a contract, as to time or otherwise, which according the rules of equity are not deemed to be or to have become of the essence of the contract, are also construed and have effect at law in accordance with the same rules.*"

But this relief seems to be confined to those situations in which the Court of Chancery would previously have intervened, i.e. where the contract can be enforced by specific performance." Esta regla no se aplica a los contratos mercantiles y, además, en tres casos concretos en los que la *equity* los rechaza expresamente: En primer lugar, cuando el contrato expresamente conviene que el tiempo está en la esencia del contrato. En segundo lugar, cuando aunque el tiempo originalmente no se convenga como esencia del contrato, la otra parte ha advertido con tiempo al obligado que deberá relizar su prestación en un tiempo razonable. Por último, cuando de la naturaleza y circunstancias del contrato se presume que el tiempo debe ser tenido como esencia del contrato, como ocurre en el caso de bienes fácilmente deteriorables, bienes susceptibles de variaciones fáciles de valor, terrenos en los que exista y se conozcan planes de reforma que deben realizarse.

¹ Por ejemplo, *Stickney v. Keeble* (1915) A.C. 386; *Lock v. Bell* (1931) 1 Ch. 35, 43; *Williams v. Gratrex* (1957) 1 W.L.R. 31; *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council* (1978) A.C. 904; *Raineri v. Miles* (1981) A.C. 1050, citados todos ellos por G. CRISCUOLI, op. cit., p. 374.

El *Sale of Goods Act* en su sección 10 dispone que, salvo que de los términos del contrato parezca una intención distinta, la determinación del tiempo para el pago del precio (y solo para el precio) por la compra de mercaderías establecida en el contrato, sometido al *Sale of Goods*, no será tomada como una condición o estipulación esencial del contrato. Sin embargo, para averiguar si cualquier otra estipulación sobre el tiempo del contrato es o no esencia del contrato dependerá de la interpretación de los términos del mismo.

La cuestión más debatida, y que en breve se analizará, es si el hecho de haberse retrasado en el cumplimiento de la obligación, o lo que es lo mismo para el Derecho inglés de haber incumplido, legitima al acreedor a resolver (*repudiated*) el vínculo contractual. Se verá cómo considerar a una de las partes obligadas incurso en *breach of contract* significa siempre considerarla responsable de los daños ocasionados, pero también significa darle a la otra parte la oportunidad de elegir entre exigir el cumplimiento o resolver el contrato (*discharge*). Ahora bien, la resolución sólo es posible si el incumplimiento de la obligación es de tal importancia que condiciona la existencia misma del contrato (*fundamental breach*).

Pero antes de entrar en materia, hay que tener presente que el retraso en el cumplimiento de la obligación (que a diferencia del llamado *civil law*, no se habla de mora como retraso cualificado) se presenta en el *common law* como ocurre en los demás ordenamientos como un supuesto de incumplimiento contractual y como tal generador, en principio, de una responsabilidad. Responsabilidad, cuyas reglas se aplican

indistintamente a todos los supuestos de inexecución de la obligación. Por lo tanto, todo lo que se diga acerca del incumplimiento contractual (*breach of contract*) ha de ser aplicado al supuesto especial que aquí se trata, es decir, al retraso en el cumplimiento de la obligación contractual.

2º.- Extinción del contrato por incumplimiento de la obligación (*discharge by breach of contract*)

Ya desde este momento conviene anticipar un dato: la noción de incumplimiento contractual en el Derecho anglosajón es muy amplia. Existe *breach of contract*, por poner algunos ejemplos, cuando el deudor no ha realizado, en absoluto, la prestación, cuando la realizado parcialmente, cuando lo ha hecho defectuosamente, cuando lo ha hecho retrasadamente, incluso hay incumplimiento cuando antes de que llegue el vencimiento de la obligación se presume que no la cumplirá en la fecha prevista (*anticipatory breach of contract*) y en todos aquellos casos en los que no ha existido o se prevé que no existirá un correcto y total cumplimiento de la obligación a la que se había comprometido en el contrato. Solamente se reconoce la inexistencia de *breach of contract* cuando el contrato ha dejado de existir por una causa que el propio ordenamiento reconozca como eficaz para su extinción, cuando los contratantes hayan convenido su extinción o cuando haya devenido una imposibilidad total y absoluta de realizarlo que provoque su desaparición. En todos estos casos nos hallamos ante el concepto de *frustration of contract* y no de incumplimiento del contrato (*breach of contract*).

Otra característica de la noción de incumplimiento contractual en este ordenamiento, que es merecedora de destacarse ya desde el principio, sin que sea óbice para estudiarlo más adelante, es la de que el Derecho anglosajón, ante un incumplimiento del contrato, no se pregunta jamás acerca de la culpa y ni siquiera de la fuerza mayor o el caso fortuito. El incumplimiento es un hecho objetivo, o por decirlo de otro modo, es un dato fáctico en el sistema de responsabilidad del deudor y por ello, es inútil preguntarse por los elementos condicionantes del mismo. En todo caso, y es lo que se verá más adelante, ese sería un análisis posterior a la comprobación, vuelvo a repetir fáctica, del incumplimiento de un contrato. La fuerza mayor, es tomada en cuenta a la hora de enjuiciar la *frustration of contract* y, en consecuencia, tampoco sirve como criterio de afirmación o negación del incumplimiento, y ni siquiera como causa de exoneración de la responsabilidad del deudor por incumplimiento.

El incumplimiento de una de las partes, en principio, no extingue el contrato, en todo caso origina una nueva obligación derivada del Derecho de la parte lesionada por el incumplimiento, el Derecho de ejercitar una acción. Además, existen circunstancias en las que el incumplimiento le permitirá considerarse eximido del cumplimiento de su propia obligación cuando ésta todavía está pendiente. Aunque en estos casos se suele decir que el contrato se ha extinguido por el incumplimiento, esta frase aunque expresiva no es exacta, puesto que por sí solo el incumplimiento no altera las obligaciones de cada parte. Lo que sí puede hacer es justificar al contratante lesionado por el incumplimiento para considerarse a sí mismo exonerado de su obligación, ya que no extingue automáticamente su obligación sino que le da la opción de considerar el contrato como todavía existente o bien resolverlo. La dificultad principal surge a la hora de determinar

si el incumplimiento de una de las cláusulas o condiciones del contrato da o no esa opción a la parte que lo sufre. El principio general para los contratos bilaterales es el de que si la inejecución o la ejecución defectuosa (incluyendo la retrasada) afecta a la raíz del contrato, a la base del negocio, ello autoriza al acreedor a negarse al cumplimiento de su obligación. El Derecho a considerar el contrato como resuelto surge en tres casos:

1º) Cuando la otra parte renuncia a cumplir sus obligaciones o a continuar con el contrato (*explicit repudiation*).

2º) Cuando por un hecho propio hace imposible el cumplimiento (*implicit repudiation*).

3º) Cuando ejecuta defectuosamente lo convenido (*defective performance*).

En cada uno de estos tres casos se dice que ha "repudiado" o renunciado a sus obligaciones contractuales (*repudiated*). En el primero, expresamente. En el segundo, por sus actos o por su conducta y, en el tercero, por un total o sustancial defecto en la ejecución, que no tiene por qué ser dolosa o culposamente. De estas tres formas de incumplimiento las dos primeras pueden tener lugar no sólo en el curso del cumplimiento sino también con anterioridad, es decir, cuando todavía no son exigibles las obligaciones que de él se derivan. En este caso, la repudiación se conoce a veces como incumplimiento anticipado (*anticipatory breach of the contract*). La última de estas formas de incumplimiento lógicamente sólo puede tener lugar durante el tiempo de ejecución del cumplimiento del contrato. La resolución no opera automáticamente,

sino que la existencia de una de estas tres causas de incumplimiento permite el ejercicio de la facultad que se le concede a la parte lesionada a elegir entre el cumplimiento o la resolución, independientemente de la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan causado. Se dice que para que opere el *anticipatory breach* en cualquiera de estas tres modalidades el incumplimiento ha de ser grave en el sentido de que origine un desequilibrio vital para la relación contractual. Así, por ejemplo, en *Decro-Wall International S.A. v. Practitioners in Marketing Ltd.* [1971] 2 ALL.E.R.216, el retraso en el pago de un plazo del precio no fué considerado suficientemente indicativo de la voluntad del deudor de no pagar los plazos sucesivos.

3º.- Extinción convencional del contrato (*discharge by agreement*)

Para el Derecho anglosajón del acuerdo entre las partes nace el contrato y de ese mismo acuerdo puede extinguirse. Se admite que las partes unidas por un vínculo contractual, por regla general, de carácter duradero, puedan voluntariamente desligarse de él. Hay varios modos de extinguir un contrato por acuerdo de las partes. En primer lugar, por el vencimiento del plazo que se había pactado en el contrato (*condition subsequent*). En los contratos de tracto sucesivo o de larga duración, las partes están autorizadas a desistir del contrato siempre y cuando se notifique a la otra parte con cierto plazo esta intención.

En segundo lugar, las partes puede realizar posteriormente a la celebración del contrato un acuerdo extintivo de su relación obligatoria. Aquí el problema aparece cuando uno de los obligados ha realizado ya su obligación y por lo tanto es acreedora

de la otra (*contract executed on one side*). En este caso, las vías de extinción del contrato posibles son la condonación de la deuda (*release under seal*), en la que la parte formalmente reconoce la remisión de la deuda y la extinción de sus obligaciones y la llamada *accord and satisfaction*, en virtud de la cual los contratantes elaboran un nuevo contrato de extinción en el que se reconocen mutuamente ambas situaciones, crediticia y deudora y el acreedor renuncia a su Derecho de crédito (*accord*) a cambio de una compensación por parte del deudor (*satisfaction*). Si la compensación es requisito, y así se hace constar expresamente en el contrato, de la *consideration o accord*, y el deudor no la cumple, se verá vinculado por el contrato primitivo, con todas sus consecuencias, hasta que cumpla. Si, por el contrario, se trata tan solo de una promesa de prestación, y el deudor no la respeta, el acreedor sólo podrá hacer valer el incumplimiento del contrato extintivo, pero no el originario.

En último lugar, las partes pueden poner fin al contrato de mutuo acuerdo mediante un contrato extintivo posterior en el que cada uno renuncia a su Derecho de crédito (*waiver*), cuando ninguna de las dos haya todavía cumplido su obligación.

4º.- Extinción del contrato por imposibilidad de la prestación (*impossibility of performance*)

En este punto sólo nos interesa tratar de lo que en la doctrina tradicional se viene conociendo como imposibilidad sobrevenida de la prestación, es decir aquella que surge y se conoce después de celebrado el contrato (*subsequent impossibility*).

La imposibilidad que surge con posterioridad a la formación del contrato puede en ciertas circunstancias exonerar a los contratantes del cumplimiento futuro de sus obligaciones. Se dice entonces que el contrato se ha frustrado. Término que si bien durante un tiempo se restringió a la extinción de los contratos mercantiles se extiende ahora a todos aquellos casos en los que un acuerdo se extingue por una imposibilidad sobrevenida. De hecho, el concepto de frustración del contrato puede incluso implicar un significado más amplio que el de la imposibilidad, puesto que no es estrictamente necesario que la ejecución haya devenido completamente imposible, disponiéndose que no puede exigirse el cumplimiento del contrato en una situación fundamentalmente distinta que ha surgido de manera totalmente inesperada.

Se puede afirmar que, sin duda, el ejemplo más claro de lo que se ha de entender por responsabilidad objetiva se encuentra en el régimen adoptado por el *common law* para los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación. El hecho del incumplimiento en sí mismo considerado ha sido durante mucho tiempo sinónimo de responsabilidad. No hay necesidad alguna de realizar ninguna apreciación subjetiva sobre el comportamiento seguido por el deudor. Basta el hecho probado del incumplimiento de lo pactado. Ello es la consecuencia lógica de concebir la obligación contractual como garantía de un determinado resultado, más que como un deber de realizar cierta conducta. Cuando una persona asume voluntaria e incondicionalmente una obligación debe (*absolutely*) cumplirla o, en caso contrario, soportar las consecuencias de su incumplimiento¹.

¹ Vid. M.FRANZONI, *op.cit.* p.337.

Hasta mediados del siglo pasado, era regla fundamental del *common law* el principio de que las obligaciones asumidas en el contrato debían ser consideradas absolutas, de tal modo que ninguna circunstancia, ni siquiera la imposibilidad de la prestación, exoneraba de su responsabilidad al obligado. Se concebía la responsabilidad contractual como una forma más de ejecución de la relación obligatoria o, como se ha dicho, de garantía del resultado, puesto que únicamente se diferenciaba del cumplimiento por la modalidad de ejecución¹. Dado que las circunstancias sobrevenidas nunca eran consideradas de tal embergadura como para tenerlas en cuenta, la única posibilidad para el deudor de no cargar con todo tipo de riesgos era la de salvaguardarse mediante la inclusión en el contrato de cláusulas limitativas del riesgo (*excepted risks*²).

El supuesto más significativo y recordado en la literatura jurídica³ de este modo tan riguroso de concebir la responsabilidad contractual encuentra su formulación

¹ Por otro lado, y como se verá más adelante, la indemnización de los daños y cumplimientos pueden ser impuestos para reemplazar la ejecución del contrato y, por consiguiente, el pago de los mismos se considera como una ejecución por el equivalente, extinguiéndose el contrato.

² El derecho inglés impone a los contratantes el deber de prever y establecer en el contrato qué sucesos pondrán fin al contrato (*conditions subsequent*) y qué sucesos les exonerarán de la responsabilidad por mora o retraso. Fue, en particular, en el derecho marítimo donde se desarrolló una inmensa lista de causas de exoneración (*excepted risks*) que llegaron a reproducirse como cláusulas de estilo en las cartas de embarque y conocimientos de embarque. Vid. R.DAVID-GRIVART KERSTRAT, *op.cit.* p. 387.

³ G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, *op.cit.*, p.11; M. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padua, 1988, p.337, nota 19; BESSONE, *Inadempimento e rischio contrattuale*, Milán, 1975, p.127 y 189; R. DAVID-GRIVART KERSTRAT, *Les contrats en droit anglais*, Paris, 1973, p.371.

jurisprudencial en el caso *Paradine v. Jane* (1647, *Aleyn* 26; 82 E.R. 897), cuya fama se ha extendido incluso fuera de las fronteras inglesas. Se trataba del siguiente supuesto: Paradine había demandado a Jane el cumplimiento de su obligación, reclamándole el pago de las rentas que le debía por un contrato de arrendamiento (*lease for years*). Jane alegaba que en los últimos tres años un príncipe alemán, "enemigo del rey y del reino... había entrado en las posesiones y le había expulsado". Por este motivo, argumentó que Paradine no podía pretender renta alguna, ni indemnización. Sin embargo, el tribunal sentenció que quien asume una obligación contractual debe cumplirla, sea cual sea la circunstancia o suceso que acaezca (*any accident by inevitable necessity*), porque cada parte contratante asume el riesgo de toda suerte de eventos contra los cuales no se haya precavido convencionalmente en el contrato.

Curiosamente en este caso la fuerza mayor había provocado no ya la imposibilidad de la prestación de quien invocaba la exoneración de la responsabilidad (el inquilino de un inmueble que había suspendido el pago de la renta), sino la imposibilidad de la contraprestación (goce y uso del inmueble por parte del inquilino al serle sustraído por la invasión del ejército extranjero)¹.

Esta concepción de la responsabilidad tan formalista y rigurosa se mantendrá a lo largo casi de dos siglos sin ninguna excepción.²

¹ G. VISINTINI, *op.cit.*, p.11.

² Vid. *Matthey v. Curling* (1922) 2 A.C. 180; *Redmond v. Dainton* (1920) 2 K.B. 256; *Thijs v. Byers* (1876), Q.B.D. 244; *Budgett Co. v. Binnington Co.* (1891) 1 Q.B. 35; *Bottoms v. York Corporation* (1892) 2 Hudson's B.C. 208 (C.a.), citados todos ellos por DAVID-GRIVART KERSTRAT, *op. cit.* 386.

No obstante la dureza de este principio, en 1809 tiene lugar una decisión jurisprudencial que comienza a mitigar su aplicación automática. Es el caso *Atkinson v. Ritchie* (1809) 10 East 530, 534, en el que el Tribunal estimó la resolución del contrato de fletamento de una nave por el acaecimiento sobrevenido de la declaración de guerra entre Inglaterra y uno de los países donde la nave debía ser cargada.

Pero, se puede decir, que fué en 1863, cuando definitivamente tiene lugar una decisión jurisprudencial que, por primera vez, atenúa el rigor de este principio basado en una responsabilidad absolutamente objetiva e incondicional (*absolute contract*) y comienza a formularse la llamada *doctrine of frustration*. Es el caso *Taylor v. Caldwell* (*Queen's Bench*, 3 B.S. 826) en el que, mediante la introducción en el sistema de una serie de criterios nuevos, se libera al deudor no sólo de su responsabilidad por el incumplimiento, sino del vínculo obligatorio. Se trataba de un contrato de arrendamiento de un *music hall* por un plazo de cuatro días, en el que se debían ofrecer algunos conciertos. Una semana antes del primer concierto, un incendio accidental destruyó el local. El inquilino, que había invertido una fuerte suma en la publicidad del espectáculo, demandó al arrendador la indemnización de los daños y perjuicios que había sufrido por la imposibilidad de realizar los conciertos previstos que habían contratado. La demanda fue desestimada al entender el tribunal que la misma existencia del *music hall* constituía el fundamento o presupuesto del contrato (una *implied condition* del contrato) y que la verificación de circunstancias tales como el incendio de los locales debía exonerar a las partes de cualquier obligación. Caldwell, a juicio del tribunal, no podía ser considerado responsable de su incumplimiento, ya que el evento que había hecho imposible el

cumplimiento del contrato y la consiguiente destrucción de la cosa debida, no le era imputable. Ahora bien, con esta decisión no se introduce el concepto de fuerza mayor y de imprevisibilidad que nunca había sido aplicada en el Derecho inglés, sino que la solución se basa en la idea de que en cierto tipo de contratos, por su propia naturaleza, la ejecución de la prestación viene condicionada por la existencia de una cierta cosa en un día determinado. Lo más importante y significativo del caso *Taylor v. Caldwell* fueron sus consecuencias. Abrió una brecha en el riguroso formalismo del Derecho inglés al admitir, por vez primera, que no todos los vínculos contractuales pueden ser considerados como *absolute* y que, en algunos casos, por su propia naturaleza, depende de la existencia o permanencia de un cierto estado de cosas el que la ejecución del mismo sea exigible. Además, el giro realizado en este *leading case* sentó las bases para el desarrollo posterior de la doctrina de la *frustration of purpose* o la posibilidad de extinguir el vínculo contractual cuando las circunstancias y condiciones que dieron causa al contrato han cambiado de tal manera que hacen inoperable el programa prestacional pactado.¹

¹ Sin embargo, la regla de los *absolute contracts*, enunciada en el caso *Paradine v. Jane*, ha sobrevivido en el Derecho inglés, casi hasta nuestros días para los contratos de arrendamiento. Fue en 1981 cuando la *House of Lords* admitió la posibilidad de aplicar la doctrina de la *frustration* a este contrato en casos excepcionales (*National Carriers Ltd. v. Panalpina Northern Ltd.*, 1981, 2 W.L.R. 45; 1981, 1, All E.R. 161 (*House of Lords*)).

En Estados Unidos la resolución del arrendamiento fué admitida mucho tiempo antes aunque con cautela. Se tiende más que nada a reducir el riesgo que pesa sobre el inquilino de un arrendamiento de corta duración, en el que por lo convenido en el contrato el inmueble sólo puede ser destinado a un único uso. Se admite la resolución si el evento fortuito incide sobre ese uso durante gran parte del tiempo de arrendamiento pactado. El inquilino, en el derecho americano, no adquiere un simple derecho de crédito, sino un verdadero *proprietary right* y ello justifica que se le atribuyan una amplia gama de riesgos, sobre todo si el arrendamiento es a largo plazo. Por ello, es natural que la Jurisprudencia se concentre siempre en el equilibrio sinalagmático del contrato. La solución a los problemas de responsabilidad contractual no es automática. Si el contrato no se resuelve, el arrendatario está obligado al pago de la renta y será responsable en caso de incumplimiento. Pero, si surge una cuestión distinta a la del pago del arrendamiento, se da por descontado la exoneración de la responsabilidad del inquilino mientras que la imposibilidad temporal perdura. Esta línea jurisprudencial aparece reflejada en el caso *Cricklewood Property and Investment Trust Ltd. v. Leighton's Investment Trust Ltd.*, 1945, A.C. 221). Se trataba de un *building lease* con una duración de noventa y nueve años, en el que

Es en la segunda mitad del siglo pasado (muy tardíamente, como se ha visto) cuando comienza a abrirse paso la opinión de que no puede exigirse la prestación en aquellos casos en los que el cumplimiento se haya transformado en excesivamente onerosa para el deudor. Cuando un determinado contrato ha sido celebrado sobre el presupuesto, expreso o no, de la subsistencia de unas determinadas circunstancias de hecho, el cumplimiento debe corresponder al esfuerzo asumido en aquella situación. El cumplimiento de la obligación prometida, si cambian los presupuestos de hecho, constituiría una nueva prestación que no traería causa en el vínculo contractual originario¹

Pero, dicho ésto, se debe aclarar que si bien en los sistemas continentales el problema de la imposibilidad sobrevenida de la prestación se trata tanto desde el punto de vista de la responsabilidad por incumplimiento como desde el de la extinción de la relación obligatoria, el sistema de la *common law* considera los casos de imposibilidad únicamente como causa de extinción del contrato (*frustration of purpose*).

Para el Derecho inglés un contrato válidamente celebrado impone ciertas obligaciones a los contratantes o a uno de ellos. A la parte que, por el motivo que sea, no cumple como debería su obligación se le imputará un *breach of contract*. Son varias las consecuencias derivadas de esta inexecución, ejecución defectuosa o tardía. La más corriente es la indemnización de los daños y perjuicios. Sin embargo, la *equity* permite

el inquilino se había obligado a construir unos locales de negocio dentro de un determinado plazo de tiempo. El contrato no fue estimado *frustrated* a pesar de las restricciones municipales para otorgar las licencias de construcción, ni el inquilino fue considerado responsable por el incumplimiento de esta obligación.

¹ M. FRANZONI, *op.cit.*, p. 338.

condenarle directamente a la ejecución de la prestación, ejecución forzosa. Una tercera sanción, es la facultad que se le concede a la parte que ha sufrido el incumplimiento de poner fin al contrato (*discharge of the contract*) o lo que entre nosotros conocemos por resolución contractual.

La indemnización de los daños y perjuicios (*damages*) es el efecto más común en cualquier *breach of contract* en el Derecho inglés. Toda vez que el deudor no cumple su obligación, independientemente de que sea debido a culpa suya o no, está obligado al pago de los daños y perjuicios causados por su incumplimiento. El Derecho inglés también aplica el principio de que la indemnización comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, sin hacer distinción formal entre ambos¹. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas continentales, en los que la fijación del *quantum* de la indemnización (del deudor no doloso) debe referirse a los que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que son consecuencia necesaria y directa de su falta de cumplimiento².

Como impedimentos sobrevenidos que pueden dar lugar a la frustración del contrato la doctrina suele incluir, entre otros, la ilicitud sobrevenida o el *factum principis* que incida directamente sobre la prestación debida y afecte a la raíz misma del contrato. Así, en el contrato de fletamento si la nave debe arribar a varios puertos, por el hecho de que en sólo uno de ellos haya sido prohibido, por un acto de la autoridad, su parada,

¹ *vid. DAVID-GRIVART KERSTRAT, op.cit.p.410.*

² Aquí viene nota con los preceptos del derecho italiano, francés, español, alemán y portugués.

no se puede estimar suficiente para fundar la resolución del contrato por *frustration*¹. También se toma en consideración como causa de frustración del contrato la destrucción material del objeto de la prestación, como ocurrió en el caso, ya comentado, de *Taylor v. Caldwell*. No es necesario que la destrucción sea absoluta, sino de tal embergadura que cambie radicalmente las circunstancias del contrato. Así sucedió en *Asfar and Co. v. Blundell* [1896] 1 Q.B.123 cuando se solicitó y se estimó la resolución por *frustration of contract* porque el cargamento de dátiles que trasportaba la nave se hundió con ésta y, aunque posteriormente fué recuperado, se habían deteriorado tanto que habían perdido las cualidades naturales y comerciales que tenían antes de la inundación. Esta misma consideración tiene el hecho de que lo que se deteriore sea el medio con el que se debe llevar a cabo el cumplimiento de la obligación contractual. Así, por ejemplo, en el caso *Nickoll and Knight v. Ashton, Edridge and Co.* [1901] 2 K.B.126 se celebró un contrato de compraventa de un determinado cargamento de semillas de algodón con el pacto de que debía ser cargado en un determinado barco y en un determinado mes. La nave arenó fortuitamente y resultó inidónea para llevar a cabo el cargamento en la fecha prevista. La Corte estimó que se trataba de una imposibilidad sobrevenida susceptible de resolver el contrato por *frustration*. Igualmente se pueden estimar como imposibilidades fortuitas que afectan al cumplimiento del contrato aquellos impedimentos que afectando a la persona del deudor, incidan sobre la propia prestación. Por ejemplo, la enfermedad del

¹ *Leading cases* sobre este punto son, entre otros, *Denny, Mott and Dickson, Ltd. v. Fraser and Co., Ltd.* [1944] A.C.265; *The Teutonia* (1871) L.R. 3 A. and E. 294; *Ertel Bieber and Co. v. Rio Tinto Co., Ltd.* [1918] A.C. 260; *Fibrosa Case* [1943] A.C. 32; *Cricklewood Property and Investment Trust, Ltd. v. Leighton's Investment Trust, Ltd.* [1945] A.C. 221; *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd.* [1981] A.C. 675.

actor, la muerte del deudor y todos aquellos casos de prestaciones *intuitu personae*¹. También se estima causa de frustración del contrato la falta de verificación de los presupuestos que dieron lugar a su celebración. El ejemplo que suele poner la doctrina para explicar esta circunstancia es el caso de *Krell v. Henry* [1903] 2 K.B.740 sobre el contrato de alquiler de un balcón para ver la coronación del rey Eduardo VII que tuvo que suspenderse. Para que la falta de verificación de los presupuestos que se tuvieron en cuenta para la celebración del contrato sean tenidos en cuenta es indispensable que éstos sean comunes a las partes contratantes, es decir, que sean condición indispensable para la vida y la economía de la relación contractual. De este modo si la finalidad del contrato es múltiple, el hecho de que una de ellas se vea fortuitamente impedida, y no el resto, no da lugar a la *frustration of contract*².

A la vista de la doctrina jurisprudencial construída en torno a la imposibilidad sobrevinida de la prestación como causa de resolución del contrato por *frustration* se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que el *common law* acepta que los sucesos imprevistos o que previstos fuesen objetivamente inevitables, sean causa de exoneración de responsabilidad y de extinción del vínculo contractual. Los presupuestos requeridos para ello es que alteren de modo grave las condiciones de subsistencia del contrato de

¹ Vid. entre otros, *Stubbs v. Holywell Railway Co.* (1867) L.R. 2 ex.311; *Cutter v. Powel* 11, comentado al principio de este epígrafe; *Whincup v. Hughes* (1871) L.R.6 C.P. 78; *Poussard v. Spiers* (1876) 1 Q.B.D.410; *Robinson v. Davison* (1871) L.R. 6 Exch.269.

² Se suele poner como ejemplo el caso *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton* [1903] 2 K.B. 683, en el que Hutton arrendó a la compañía Herne Bay Steam Boat un barco de su propiedad durante los días 28 y 29 de junio de 1902 con la finalidad, expresamente declarada en el contrato de arrendamiento, de realizar un corto crucero y asistir a una parada militar. La parada militar fué suspendida. La resolución del contrato fué desestimada por la Corte al entender el fin del contrato no era solo la asistencia a la parada militar sino también la realización de un breve crucero que todavía se podía cumplir.

modo que lo transformen en algo sustancialmente distinto a lo inicialmente previsto y querido por las partes contratantes.

No es necesario recordar que la teoría de la *frustration* resumida aquí, no se aplica cuando las propias partes contratantes hayan previsto una distribución distinta de los riesgos que puedan afectar a la buena marcha del negocio, en cuyo caso prevalece la voluntad de las partes¹. O que una de ellas haya asumido expresamente los riesgos fortuitos², o que se trate de un riesgo que alguna de las partes debía conocer o conocía al tiempo de la celebración del contrato³ o que el impedimento haya sido originado por una causa imputable a una de las partes contratantes⁴.

Por último se debe hacer referencia al sistema de prueba establecido por el *common law* para el caso de que un contratante solicite la resolución del contrato por cualquiera de las causas o impedimentos sobrevenidos que dan lugar a la *frustration of the contract*. La carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: a la parte contratante que solicita la resolución contractual, porque se ha visto impedido

¹ Vid. entre otros, los casos jurisprudenciales *Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr and Co.* [1918] A.C.119; *Pacific Phosphate Co. v. Empire Transport Co.* [1920] 36 T.L.R.750.

² Vid. *Blackburn Bobbin Co. v. Allen and Sons* [1918] 2 K.B. 467.

³ Vid., *Davis Contractors Ltd. v. Farcham Urban District Council* [1956] 2 All E.R. 145; *The Eugenia* [1964] 1 All E.R. 161.

⁴ Vid. *Maritime National Fish, Ltd. v. Ocean Trawlers, Ltd.* [1935] A.C. 524 en el que el arrendatario alquila un barco para pescar sabiendo que debe solicitar y obtener la licencia de pesca. Pretendió y fué desestimada, la resolución del arrendamiento porque no obtuvo la preceptiva autorización. También el caso citado en la nota anterior *The Eugenia* [1964] 2 Q.B. 226 en el que se solicitaba la resolución del contrato de arrendamiento de una nave que, estando en curso la guerra entre Egipto e Israel de 1956, atravesó deliberadamente el Canal de Suez y fué apresada, cuando era notoria y conocida la posibilidad de que se cerrara al tránsito.

fortuitamente de llevar a cabo el cumplimiento le incumbe probar que se trata efectivamente de una imposibilidad sobrevenida y que no le es imputable. A la parte que se oponga a la resolución del vínculo y, consecuentemente, solicite la permanencia del contrato, le incumbe probar lo contrario. El ejemplo citado por la doctrina en este punto es el caso *Joseph Constantine Steamship Line v. Imperial Smelting Corporation* [1942] A.C. 154, en el que, por primera vez, expresamente se sanciona este principio de la carga de la prueba. Se trata de un contrato de arrendamiento de una determinada nave, la *Kingswood*, para que realice un transporte de mercancías de Port Pirie en Australia a Europa. El barco llega al puerto donde debía ser cargada la mercancía, pero el día antes en que debía ser realizada esta operación de carga una explosión en la sala de máquinas origina que no se pueda continuar el viaje de transporte en el momento previsto. La sociedad arrendataria alega el incumplimiento y solicita la indemnización de los daños ocasionados. Los arrendadores, propietarios del barco, excepcionan la extinción del contrato por *frustration* debida a la sobrevenida explosión de la sala de máquinas alegando que no existía prueba alguna de su negligencia en el acaccimiento del suceso. La *Court of Appeal* estimó el incumplimiento y la indemnización solicitada por la sociedad arrendataria puesto que los arrendadores no habían aportado prueba suficiente de su falta de negligencia en el suceso originador de la imposibilidad. Sin embargo la *House of Lords* casó la sentencia y estimó la pretensión de los arrendadores al entender que la carga de probar la culpa recaía sobre la parte contratante que negaba la existencia y efectividad de la *frustration* y, puesto que esta prueba no había sido aportada por la sociedad arrendataria, el contrato debía considerarse extinguido por *frustration*.

Antes de finalizar este epígrafe se debe hacer una breve referencia a los medios de defensa que el *common law* pone a disposición del acreedor que se ve insatisfecho por efecto del incumplimiento del contrato para que defienda su Derecho de crédito (*Remedies for breach of contract*). Parece claro, que estos sólo funcionarían en lo que se llama *discharge by breach* o extinción por incumplimiento, ya que se ha visto en su momento las consecuencias que acarrearían los demás tipos de extinción contractual. Analíticamente se pueden clasificar en:

1º.- Indemnización de los daños y perjuicios (*Damages*): *nominal damages* y *real damages*.

2º.- El llamado *Quantum meruit* o restitución del valor de la prestación realizada por el acreedor.

3º.- Remedios de equidad (*equitable remedies*): El cumplimiento en forma específica y la constricción judicial a cumplir la obligación negativa o de no hacer.

En lo que se refiere al resarcimiento de los daños y perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento de la obligación hay que distinguir ya *a priori* según se trate de un daño susceptible de valoración económica o no. En caso de que no se pueda valorar, el acreedor tiene Derecho únicamente a los llamados "*nominal damages*", que responden a título meramente indicativo o simbólico de la violación del Derecho de

crédito¹. Si, por el contrario, es posible determinar la cuantía o montante de los daños y su valoración, los daños a los que tendrá Derecho el acreedor será a los reales (*real damages*). De cualquier modo, antes de analizar estos supuestos, conviene diferenciar los remedios articulados por el *comon law* que son, alternativamente ejercitables y no conjuntamente ejercitables: el Derecho al resarcimiento de los daños o bien el llamado *quantum meruit* que es el Derecho al reembolso del valor de aquéllo que el acreedor haya realizado en favor de la parte incumplidora. Y los remedios de equidad (*equity*), que se dejan al arbitrio del tribunal competente, que son la ejecución en forma específica y la orden de respetar la obligación cuando ésta tenga un contenido negativo o de no hacer. Estos remedios se ponen en marcha a falta de pacto en contrario, es decir, a falta de la previsión que los propios contratantes hayan hecho de la indemnización, puesto que si ellos mismos han fijado la cuantía, será ésta la que deba abonarse (*liquidated damages*).

Los principios que se aplican en la determinación del resarcimiento del daño pueden resumirse en los siguientes: en primer lugar, sólo se indemnizan los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la falta de cumplimiento. Con la enunciación de este principio se pone de manifiesto la necesidad de excluir todos aquellos perjuicio que nada tengan que ver con el incumplimiento o que estén muy lejanos a él. Sin embargo, no se excluyen aquellos que no hayan sido causados únicamente por el deudor incumplidor. Si en el incumplimiento existe un concurso de imputación o de

¹ Vid. entre otros los casos *Ford v. White* (1964) 1 W.L.R. 883; *Richardson v. Williamson* (1871) L.R. 6 Q.B. 276, 279; *Addis v. Gramophone Co., Ltd.* [1909] A.C. 488; *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 K.B. 786; *Simpson v. London and North Western Railway Co.* (1876) 1 Q.B.D. 274; *Gibbons v. Westminster Bank* [1939] 2 K.B. 882; *Marzetti v. Williams* (1830) 1 B. and Ad. 415; *The Mediana* [1900] A.C. 113, 116; *The Mihalis Angelos* [1971] 1 Q.B. 164.

responsabilidad con un tercero o le es imputable al tercero como consecuencia directa del comportamiento del deudor, éste igualmente responderá de los daños y perjuicios irrogados al acreedor¹. Además, se articula el principio conocido por "*rule in Hadley v. Baxendale*", según el cual el daño debe ser una consecuencia o bien un efecto ordinario, común o natural del incumplimiento, según las normales reglas de la razón, experiencia y sabiduría; o bien un efecto que debería, razonablemente, haber sido previsto por los contratantes en el momento de la celebración del contrato.

En *Hadley v. Baxendale* (1854) 9 Exch. 341, 354 se enunció por primera vez esta regla de la previsibilidad del daño o *contemplation rule*². Un transportista se había obligado con el actor (Hadley) que era molinero, a transportar una pieza rota de una máquina a un fabricante para que le sirviera de modelo en la reparación. Por culpa del transportista la pieza llega a manos del fabricante con cinco días de retraso, días que tarda a su vez el fabricante en realizar su trabajo de reparación de la pieza. Hadley, en consecuencia, demanda al transportista el resarcimiento de los daños que le provocó el tener cinco días paralizado y cerrado el molino. La *Court of Exchequer* sancionó el principio al que se ha hecho referencia con las siguientes palabras: "*Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of the such breach of contract should be as may fairly and reasonably be considered as either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed*

¹ Vid. en este sentido, *Siasbie v. Troman* [1948] 2 K.B. 48; *Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Ltd.* [1932] A.C. 452; *Heskell v. Continental Express, Ltd.* [1950] 1 All E.R. 1033, 1048; *Smith, Hogg and Co., Ltd. v. Black Sea Insurance Co., Ltd.* [1940] A.C. 997; *Monarch Case* [1949] A.C. 196, 215.

² Con más detalle se estudia por F.FERRARI, *op.cit.*, p.766 y ss.

to have been in the contemplation of both parties at the time they made the contract as the probable result of the breach of it". Baxendale ignoraba que la pieza que debía transportar para su reparación era esencial para el funcionamiento del molino y que, éste debía cerrarse durante el tiempo de la reparación. La Corte rechazó, aplicando los principios a que antes se ha hecho referencia, la solicitud de Hadley del resarcimiento del lucro cesante del molino.

Esta regla de la previsibilidad del daño se consolidó posteriormente en casos tan citados como los de *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries* [1949] 2 K.B. 528, 539; *Koufos v. Czarndnikow Ltd. (The Heron II)* [1969] 1 A.C. 350, H.L.; *President of India v. La Pintada Compania* [1985] A.C. 104, H.L.; *The Elena D'Amico* [1980] 1 Lloyd's Rep. 75; *Fletcher v. Tayleur* (1855) 17 C.B. 21; *Wilson v. General Iron Screw Colliery Co. Ltd.* (1877) 47 L.J. (Q.B.) 239; *Cointant v. Myham and son* [1913] 2 K.B. 222; *Cory v. Thames Ironworks Co.* (1868) L.R. 3 Q.B. 181; *Hammond and Co. v. Bussey* (1887) 20 Q.B.D. 79; *Diamond v. Campbell-Jones* [1961] Ch.22, C-J; *Cottrill v. Steyning and Littlehampton Building Society* [1966] 1 W.L.R. 753.

En cuanto a la cuantía de la indemnización se dice que ésta debe ser la justa para compensar los daños. Ya se ha dicho que, en principio, la idea punitiva de la indemnización, no está presente en el resarcimiento contractual. Se trata de resarcir o compensar al acreedor por el incumplimiento de modo que se encuentre en la misma situación económica en la que se encontraría de haberse cumplido correctamente el contrato. Por el contrario, es general, la idea de que no se debe resarcir al acreedor por la utilidad o provecho que haya tenido el deudor.

Además, los intereses de las cantidades abonadas por el acreedor que como consecuencia del incumplimiento ha debido obtener créditos se consideran parte integrante del daño resarcible¹. En cuanto a los intereses debidos por el deudor desde el día del incumplimiento en el pago de la obligación de suma de dinero hay que decir que sólo se deben si están pactados por las partes contratantes en el momento de la celebración del contrato, si se puede considerar implícitas al contrato mismo o si la propia ley así los establece (por ejemplo, la sección 35 A (1) del *Supreme Court Act de 1981* y de la enmienda realizada por el *Administration of Justice Act de 1982, sec 15, Sched. I, Part. 1, 2, 4* en las que se concede un poder discrecional al Tribunal para rechazar, moderar u ordenar el pago de intereses cuando la obligación incumplida es pecuniaria).

Por otra parte, se admite el resarcimiento por el daño moral o psíquico que se ha podido irrogar al acreedor por el incumplimiento contractual². Para el resarcimiento de los daños tratándose de la resolución contractual se admite que éste lo integran tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero si se trata de un cumplimiento inexacto o del incumplimiento de una *warranty*, que no legitiman al acreedor para ejercitar la acción de resolución del contrato, los daños y perjuicios tomados en consideración son los que deben indemnizar el daño emergente. Sin embargo, este principio que aparece previsto en el *Sale of Goods Act de 1979, sección 53* se rompe si el cumplimiento

¹ Vid., entre otros, los casos *Wadsworth v. Lydall* [1981] 1 W.L.R. 598; *Bacon v. Cooper (Metals) Ltd.* [1982] 1 All. E.R. 397; *Ozalid Group (Export) Ltd. v. African Continental Bank Ltd.* [1979] 2 Lloyd's Rep. 231.

² Así se estimó, por ejemplo, en *Jarvis v. Swan Tours Ltd.* [1973] Q.B. 233; *Bailey v. Bullock* [1950] 2 All E.R. 1167; *Heywood v. Wellers* [1976] Q.B. 446; *Cox v. Philips Industries Ltd.* [1976] 1 W.L.R. 638; *Grant v. Australian Knitting Mills Ltd.* [1936] A.C. 85; *Hobbs v. London and South Western Railway Company* (1875) L.R. 10 Q.B. 111; *Godley v. Perry* [1960] 1 W.L.R. 9; *H. West and Son, Ltd. v. Shephard* [1964] A.C. 326.

inexacto causa tanto un daño emergente como un lucro cesante, puesto que se le permite al acreedor optar por el resarcimiento de uno de ellos¹.

Para determinar la exacta cuantía de la indemnización hay que tener en cuenta además si existe o no concurrencia de culpas en el incumplimiento. La *Law reform Act de 1945*, en su sección 1 (1) dispone que si una persona sufre un daño como consecuencia debida en parte a su propia culpa y en parte a culpa de otra persona, la indemnización del daño deberá ser reducido en proporción al grado de su responsabilidad en su producción. Aunque este principio, en origen, fue sancionado para la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia tiende a aplicarlo al ámbito de la responsabilidad contractual². Por último, se debe tener en cuenta, a la hora de determinar la cuantía de la indemnización si el acreedor cumplió con el llamado "deber de mitigar los daños" (*duty to mitigate damage suffered*), es decir, si tomó todas las medidas razonables para evitar o cuando menos para no agravar los daños sufridos por el incumplimiento del contrato por parte del deudor³.

En lo que atiene al segundo remedio, el llamado *quantum meruit*, no acumulativo

¹ Este principio de la elección del daño a resarcir está expresamente reconocida por la jurisprudencia. Vid. *Cullinane v. British "Rema" Manufacturing Co., Ltd.* [1954] 1 Q.B. 292.

² Vid. *Forskringsaktieselskapet Vesta v. Butcher* [1986] 2 All E.R. 488; *Sayers v. Harlow U.D.C.* [1958] 1 W.L.R. 623.

³ Así por ejemplo, aplican esta regla en los casos *Banco de Portugal v. Waterlow* [1932] A.C. 452; *British Westinghouse Electric Co. v. Underground Electric Co.* [1912] A.C. 673; *Dunkirk Colliery Co. v. Lever* (1878) 9 Ch.D.20; *Sotiros Shipping Inc. v. Sameiet Solholt* [1983] 1 Lloyd's Rep. 605, 608; *Harries v. Edmonds* (1845) 1 Car. and Kir. 686, N.P.; *The Solholt* [1983] 1 Lloyd's Rep. 605; *Brace v. Calder* [1895] 2 Q.B. 253; *Yetton v. Eastwoods Froy Ltd.* [1966] 3 All E.R. 353; *Payzu Ltd. v. Saunders* [1919] 2 K.B.; *Wroth v. Tyler* [1974] Ch. 30; *The Yasin* [1979] 2 Lloyd's Rep. 45; *Bradburn v. Great Western Ry. Co.* (1874) L.R. 10 Exch. 1.

con el de la indemnización sino alternativo a éste, previsto por el *comon law*, ante la lesión del Derecho de crédito, hay que decir que se trata del reembolso del valor de la prestación llevada a cabo por el acreedor en cumplimiento de su obligación. En realidad, se trata de una acción de enriquecimiento injusto y, en consecuencia, se admite su interposición siempre que concurren los presupuestos para su ejercicio. Esta acción viene considerada por la doctrina, a diferencia de la del resarcimiento de los daños, como una acción de naturaleza quasi-contractual. Además, su finalidad es asegurar la recuperación de la prestación realizada sin su correspondiente, es decir, su finalidad es restitutoria y no compensatoria¹.

Los remedios de equidad (*equity remedies*) son fundamentalmente dos: la orden judicial de cumplimiento en forma específica (*decree of specific performance*) y la llamada *injunction* judicial que ordena la observancia o cumplimiento de las obligaciones negativas.

En cuanto al funcionamiento del primer remedio, *decree of specific performance*, se puede resumir diciendo que constituye un supuesto excepcional en el Derecho inglés, puesto que repercute o incide directamente sobre la persona del deudor. Sólo si no existe o no es posible aplicar uno de los remedios de *common law* que se han visto hasta ahora, podrá ordenarse la ejecución o cumplimiento de forma específica. En realidad, como han puesto de manifiesto los autores, el único caso posible es el de que el pago

¹ La aplicación de este remedio se puede estudiar en decisiones jurisprudenciales como *Paynter v. Williams* (1883) 1 C. and M. 810; *Sir Lindsay Parkinson and Co., Ltd. v. Commissioners of Works* [1949] 2 K.B. 632; *Mayor v. Pyne* (1825) 3 Bing. 285, 288; *Slavery v. Ladder* (1901) 20 N.Z.L.R. 331; *Prickett v. Badger* (1856) 1 C.B. (N.S.) 296; *De Bernardy v. Harding* (1853) 8 Ex. 822.

de una suma de dinero a título de resarcimiento no fuera un medio adecuado para compensar el daño causado o en caso de que la obligación consista en la transmisión de la propiedad en el que el comprador se niega a pagar la suma pactada. No cabe duda, de que este remedio es de equidad y, en consecuencia, su aplicación se deja al arbitrio del tribunal y éste, aunque la indemnización de los daños no resulte adecuada al caso puede rechazar el tomar en consideración la ejecución en forma específica si así lo considera oportuno.

Los principios jurisprudenciales que se han ido construyendo para la aplicación de este remedio se pueden resumir brevemente en los siguientes: en primer lugar, se debe valorar que el comportamiento del acreedor al solicitar el cumplimiento en forma específica ha sido guiado por el principio de buena fe. La máxima acuñada ha sido "*he who comes to equity must come with clean hands*". En segundo término, ha de interponerse la acción en tiempo oportuno, con una razonable prontitud ("*delay defeats the equities*"). Además, no se debe atender esta demanda si el estimarla supondría una situación de desventaja desproporcionada para el deudor en relación con la ventaja que obtendría el acreedor. Otra regla, es la no admisión de este remedio en aquellos contratos en los que no existe un corresponsivo entre las prestaciones y siempre que la parte que la solicite haya cumplido su parte. Por otro lado, se excluye la aplicación de este remedio cuando se trate de prestaciones personales o *intuitu personae* y, por último, no se admite tampoco la *specific performance* tratándose de prestaciones de ejecución continuada o duradera en el tiempo, puesto que obligaría al propio tribunal a vigilar continuamente el cumplimiento de la obligación.

El otro remedio aplicado por la *equity* es el de la *injunction* o constricción al cumplimiento de obligaciones negativas. Se trata de la orden (*prohibitory injunction*) que emite el Tribunal de equidad de manera discrecional, obligando al deudor de una obligación de no hacer, a respetar y cumplir el contrato, además de ordenar la destrucción de lo hecho en contravención de esta obligación. Este tipo de orden judicial no está limitada o condicionada a ningún presupuesto. Es más, por regla general, se utiliza como medio preventivo para lograr el posterior cumplimiento específico de la prestación, cuando ésta no puede ser directamente concedida.

VII.- LA CONSTITUCIÓN EN MORA EN LOS CÓDIGOS CIVILES LATINOAMERICANOS

No se puede pasar por alto, en el estudio del Derecho comparado, el análisis de los Códigos civiles latinoamericanos puesto que, además de quedar incompleto, tienen gran importancia a la hora de determinar los avances, en este caso del instituto jurídico de la constitución en mora del deudor, que se han ido produciendo desde la época de la codificación hasta el día de hoy. Los códigos civiles, y sus reformas, de Argentina¹, Haití², Bolivia³, Paraguay⁴, Uruguay⁵, Chile⁶, Colombia⁷, Méjico⁸, Brasil⁹, Venezuela¹⁰ Puerto

¹ La regulación argentina del instituto de la mora se analizará brevemente por dos motivos fundamentalmente. En primer lugar, porque ha sido objeto de una reforma que, en mi opinión, merece algún comentario y, en segundo lugar, porque los profesores Moisset de Espanés y Stiglitz han tenido la deferencia de proporcionarme desinteresadamente alguna bibliografía argentina sobre el tema que se investiga.

² El Código civil haitiano lleva a cabo una regulación de la constitución en mora (art.930) del deudor idéntica a la del Código civil francés. Vid., MOISSET DE ESPANÉS, *Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer*, op.cit., pág.346, nota n.º.5, y, por lo tanto, no hay inconveniente en trasladar todo lo que se ha dicho en el epígrafe dedicado al ordenamiento francés al haitiano.

³ La constitución en mora en este Código viene regulada en el artículo 730, que deja ver su clara influencia francesa: "El obligado se hace moroso siempre que haya habido requerimiento por parte del acreedor u otro acto equivalente, o cuando se haya pactado que sin necesidad de acto alguno y por el sólo transcurso del término sea constituido en mora". Con este ordenamiento ocurre lo mismo con el haitiano y, por consiguiente,

Rico¹ o Perú² están o han estado enormemente influídos por los Códigos civiles

todo lo dicho sobre la constitución en mora en el Código civil francés es susceptible de predicarse del boliviano.

⁴ También a este Código se le dedicará algún comentario, puesto que, al igual que el argentino, sufrió una reforma (Codificación BANZER) y en lo que a la constitución en mora se refiere introdujo un cambio importante: se pasa del sistema tradicional de mora *ex persona* a la mora *ex re* como principio general.

⁵ El Código civil uruguayo en su artículo 1.336 dispone que: "*El deudor cae en mora, sea por interpelación judicial o intimación de la protesta de daños y perjuicios, sea por la naturaleza de la convención, o por efecto de la misma cuando en ella se establezca que el deudor caiga en mora por el solo vencimiento del término*", lo que denota su influencia francesa. *Vid.*, notas anteriores sobre el Código civil de Haití y el de Bolivia.

⁶ En cuanto al Código civil chileno alguna anotación ha de hacerse, puesto que la codificación de BELLO ha servido de ejemplo o toman directamente su regulación Códigos como el de Colombia (art.1.608), Ecuador (art.1.594), El Salvador (art.1.422), Honduras (art.1.525), Brasil (art.960), Méjico (art.2.104 y 2.105) y Venezuela (art.1.629). Estos tres últimos con algunas particularidades que se anotarán.

⁷ Como se ha dicho en la nota anterior, la regulación que hace el Código civil colombiano es similar a la del chileno porque fué tomada de éste y, todo lo que se diga de éste valdrá, en principio, para aquél.

⁸ Del Código civil méjicano se dará noticia, puesto que realiza una regulación un tanto especial de la constitución en mora del deudor al establecer un tiempo distinto para que empiecen los efectos de la constitución en mora, dependiendo de si se trata de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

⁹ Este código igualmente tomó ejemplo del chileno y, en consecuencia, todo lo que se diga sobre éste vale para aquél.

¹⁰ La codificación venezolana se inspiró en el Código civil italiano de 1865. *Vid.*, MÉLICH-ORSINI, J., *La mora del deudor en el Derecho venezolano*, op.cit., pág.350, nota n.º.16, en la que entre otras cosas dice que el Código civil italiano de 1865 acogió el sistema de mora automática o *ex re*, cuyo artículo 1.223 ha sido reproducido por el actual 1.269 del Código civil venezolano y continúa siendo el sistema italiano después de la reforma de 1942. En este trabajo, como ya se ha visto, se ha puesto de manifiesto y comprobado que el Código civil italiano de 1865 es una copia fiel del francés y que la reforma introducida por el legislador de 1942 en nada cambió el sistema de mora *ex persona*, sino que amplió (de un modo contradictorio, en mi opinión) los supuestos de mora *ex re*. Pero ello no significa que se pueda llegar a la conclusión de que el sistema de constitución en mora seguido por los italianos sea un sistema de mora automática y que se integra dentro del grupo germánico, como alega el autor.

¹ También el Código civil de Puerto Rico (art.1.053) regula la constitución en mora del deudor de manera idéntica al Código civil español y, en consecuencia, todo lo que se diga de ahora en adelante sobre nuestra regulación no hay inconveniente en aplicarlo al puertorriqueño.

² El artículo 1.254 del Código civil peruano establece que: "*Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. Empero no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1º) Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente; 2º) Cuando de su naturaleza y circunstancias resultare que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fué motivo determinante para establecer la obligación*". Como se puede observar, la influencia española en la redacción de este precepto es absoluta y, es por este motivo, por el que no se profundizará sobre la regulación de este instituto en el Código civil peruano.

francés, alemán y español¹. No le falta razón a MOISSET DE ESPANÉS², que ha estudiado con detalle la regulación de este instituto jurídico en los códigos civiles latinoamericanos, cuando critica que la mayor parte de los autores suelen formar solamente dos grupos distintos de códigos: aquellos en los que la mora se produce "ex re" y los Códigos en los que hay mora "ex persona". Pero pronto se advierte que no siempre las listas son coincidentes y algunos cuerpos legales pueden figurar alternativamente en uno u otro grupo. Ello se debe, - a juicio del autor-, a que se han empleado criterios distintos para efectuar estas clasificaciones. Algunos tratadistas establecen la diferencia sobre la base de que los Códigos consagren o no, como regla general, la necesidad de la interpelación, y dicen que cuando se requiere la interpelación dicho cuerpo legal sigue el sistema francés de la constitución en mora "ex persona", y cuando

¹ Las obras utilizadas para afrontar el estudio de la constitución en mora en los códigos civiles latinoamericanos han sido esencialmente las siguientes: ALTERINI, A.A., *El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual*, "Revista del Colegio público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, 1990, pág.16; id., *El reajuste de las deudas dinerarias mediante los intereses*, "Separata de la revista jurídica de la Asociación de Abogados de Buenos Aires", Buenos Aires, 1992, núm.3; BIEDMA SCHÄDEWALDT, A.M., *Mora automática*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986; BANCHIO, E.C., *Responsabilidad obligacional indirecta. Hechos de los representantes y auxiliares del deudor en el cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973.; BORDA, G.A., *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, vol.I, 6ª ed. actualizada, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1989.; BARROS MONTEIRO, W. de., *Curso de Direito civil. Direito das obrigações*, 1ª parte: *Das modalidades das obrigações. Dos efeitos das obrigações*, 7ª ed. revista e aumentada, Ed.Saraiva, sao paulo, 1971.; FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.; id., *corrección monetaria y pago legal*, Ed. Temis Librería, bogotá, 1978.; MOISSET DE ESPANÉS, L., *Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1975, I, pág.345.; Id., *Mora del acreedor y pago por consignación*, "Jurisprudencia Argentina", 1977, II, pág.707.; Id., *Constitución en mora e interrupción de la prescripción. Diferencias*, "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año XXIX, núm.49, pág.53.; Id., *La mora en el nuevo Código civil de Paraguay*, trabajo inédito cedido por el autor.; Id., *Reflexiones sobre la clasificación de los plazos, la mora y la obligación de inscribir una transferencia de automotores*, "El Derecho", núm.41, pág.1003.; Id., *Efectos del simple retardo*, "Tus et Praxis", núm.29, 1990, pág.23.; Id., *El simple retardo, la mora y la resolución por incumplimiento. variaciones sobre un tema*, "Jurisprudencia Argentina", 1982, IV, pág.463.; Id., *La mora y la reforma del artículo 509 del Código civil argentino*, "Jurisprudencia Argentina", 1968, V, pág.764.; Id., *Reflexiones en torno a la mora del deudor y el lugar de cumplimiento de las obligaciones*, "El Derecho", núm.72, pág.791.; Id., *Perención y desestimiento. Cesación del efecto interruptivo de la prescripción y subsistencia de la mora*, trabajo inédito cedido por el autor en 1990.; Id., *Notas sobre la resolución del contrato y la mora*, "Jurisprudencia Argentina", 1969, I, pág.659.; Id., *La mora y el Derecho transitorio (artículos 3, 509 y 3.986 del Código civil)*, "El Derecho", núm.53, pág.667.; MÉLICH-ORSINI, J., *La resolución del contrato por incumplimiento*, Ed. Temis, Bogotá, 1979.; Id., *La mora del deudor en el Derecho venezolano*, "Libro homenaje a R. Goldschmidt", Caracas, 1967.; ROJINA VILLEGAS, R., *Derecho civil mexicano*, tomo V: *Obligaciones*, vol.II., 3ª ed., Ed. Porrúa, Mexico, 1976.; RICCI, F., *Derecho civil teórico y práctico*, tomo XIII: *De los contratos, de los cuasi-contratos, de los delitos y cuasi-delitos. Diversas clases de obligaciones*, Ed. Librería Moderna, Caracas, 1985.; VAZQUEZ BOTE, E., *Derecho civil de Puerto Rico*, tomo III: *El aspecto conformador de la relación jurídica*, vol.1ª, con la colaboración de Puig Peña y De Angulo, Ed. Fas, San Juan, 1973.

² MOISSET DE ESPANÉS, *La mora del deudor en el nuevo Código civil de Paraguay*, op.cit.

no se exige la interpelación el Código debe agruparse entre los que consagran la constitución en mora "*ex re*". En cambio, otros autores tienen en cuenta únicamente si se trata de obligaciones a plazo y, si en ellas la constitución en mora del deudor se produce automáticamente, dicen que ese Código corresponde al grupo en que la mora se produce "*ex re*". Pero ocurre que en algunos Códigos se sienta como principio general la necesidad de la interpelación para la constitución en mora (en lo cual se aproximan al modelo francés), y, sin embargo, se establece, entre las excepciones a esta regla, la hipótesis de las obligaciones a plazo.

Tras esta denuncia, el autor opta por realizar una clasificación de estos códigos propia, que se transcribe aquí porque aclara perfectamente el panorama de la regulación de la constitución en mora en lo que, por englobar de alguna manera aunque sólo sea geográfica, se ha querido denominar aquí "sistema latinoamericano". A juicio de MOISSET DE ESPANES la clasificación idónea sería aquella en la que se diferenciara en un primer lugar los códigos civiles que asumen el sistema de constitución en mora mediante interpelación, aunque realicen alguna excepción aislada. Posteriormente se encontraría aquel grupo que siguen un sistema de constitución en mora mediante interpelación, pero exceptúan de esta regla a las obligaciones a plazo. En tercer término, se contempla aquel grupo en que se acoge el principio general de constitución en mora automática, pero con ciertas excepciones de mora *ex persona*. Esta variada gama de sistemas de constitución en mora del deudor ha sido clasificada por el autor teniendo en cuenta exclusivamente dos criterios, la necesidad o no de intimación y la regulación que se hace de las obligaciones a plazo. Sin embargo, hay que tener presente que los criterios para agrupar los distintos sistemas de constitución en mora, latinos y europeos, pueden ser múltiples. Así, por ejemplo, se puede atender, entre otras cosas, a la necesidad o no de la culpa del deudor, al sistema probatorio, a la consecuencia de la indemnización de los daños y perjuicios, a la necesidad de interpelación judicial, a la posibilidad de mora en las obligaciones negativas.

En la clasificación realizada por MOISSET quedarían los ordenamientos jurídicos latinoamericanos agrupados de la siguiente manera:

1º) Códigos que siguen el sistema de constitución en mora *"ex persona"* o mediante interpelación.

Este sistema, inspirado en el Código civil francés, establece la necesidad de la interpelación, incluso para las obligaciones a plazo, aunque, a veces, se contemplen casos excepcionales de mora *"ex re"* por otras causas. Pertenecen a este grupo casi todos los códigos civiles europeos del siglo pasado, muchos de los cuales ya no tienen vigencia, como son los de Nápoles (artículo 1093) y de Cerdeña (artículo 1232) y también otros que han subsistido, como los códigos civiles de Mónaco (artículo 994) y de Holanda (artículo 1273), cuyas normas reproducen casi literalmente el modelo francés. Las mismas características tiene en América la solución consagrada por el Código civil de Haití y por el antiguo Código civil boliviano.

Siempre dentro de este sistema, aunque con modalidades propias, puesto que prevén la posibilidad de la mora automática en el caso de que *"cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la época en que debía cumplirse fue un motivo determinante para establecer la obligación"*, se encuentran una serie de Códigos que tomaron como modelo el Proyecto de GARCIA GOYENA de 1851 para España, que a su vez se inspiró en el artículo 1146 del Código civil francés y en artículo 1927 del Código civil de la Luisiana¹. A juicio de este autor, GARCIA GOYENA realizó algunos giros lingüísticos para amoldar estos artículos precedentes al castellano, giros que influirían posteriormente en numerosos Códigos civiles, que adoptaron esa fórmula u alguna otra parecida. Se pueden mencionar, entre otros, el Código civil argentino de Vélez Sársfield (artículo 509), el Código civil uruguayo (artículo 1.336) y los de Puerto Rico (artículo 1.053), Guatemala (artículo 1.428) y Perú (artículo 1.254 del Código de 1936, y artículo 1333 del nuevo Código de 1984).

Esta excepción aparece, también, en el Código civil de Panamá, aunque ese

¹ Este Código disponía que: *"La constitución en mora es innecesaria cuando la cosa no podía, por su naturaleza, ser dada o hecha más que en cierto tiempo, que ya ha transcurrido, o bajo circunstancias que ya no existen"*.

cuerpo legal adhiere al sistema de constitución en mora automática¹. Y, por lo que respecta a Cuba hasta hace pocos años su Código civil era prácticamente reproducción del español, pero en julio de 1987 se elaboró un nuevo Código, que entró en vigor a principios de 1988, cuyo artículo 295 ha variado ligeramente la antigua redacción del sistema de constitución en mora del deudor, aunque, en líneas generales, adopta la misma solución que aquél². En Argentina, tanto el Anteproyecto de Bibiloni (artículo 10.209), como el Proyecto de Reforma de 1936 (artículo 572) y el Anteproyecto de 1954, (artículo 860), habían creído oportuno mantener el sistema vigente por entonces de Vélez Sársfield, exigiendo como regla general la interpelación, aunque se ampliaba la enumeración de casos de excepción, en especial para incluir las obligaciones derivadas de actos ilícitos, de los casos en los que la mora debe producirse automáticamente.

¹ Código civil de Panamá (Art. 985): "Incurrirán en mora los obligados a entregar alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extra judicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

- 1) Cuando el deudor no ha cumplido la obligación dentro del término expresamente estipulado.*
- 2) Cuando la obligación o la ley declaren expresamente que no es necesaria la intimación.*
- 3) Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue un motivo determinante para establecer la obligación.*

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro."

La diferencia entre esta norma y la vigente en España es, sustancialmente, lo dispuesto en su inciso 1º.

² Código Civil de Cuba (art.295): " 1º.- El deudor de una obligación vencida incurre en mora desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente su cumplimiento.

2º.- La exigencia no es necesaria, sin embargo, cuando el día de la ejecución se ha fijado de común acuerdo o fué motivo determinante para establecer la obligación.

3º.- El deudor moroso responde de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor si después de estar en mora la prestación se hace imposible.

4º.- En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple la obligación, comienza la mora para el otro".

2º) Códigos en los que la regla general es la interpelación y la excepción de mora automática se hace con referencia a las obligaciones a plazo. En este supuesto se encontraría el Código civil de Panamá.

3º) Códigos civiles que consagran como regla general la mora automática o "*ex re*" y como excepciones algunos supuestos de mora con interpelación o "*ex persona*".

Existe una cantidad de códigos que consagran como primera regla la mora automática, para la hipótesis de las obligaciones a plazo. Ya en el siglo pasado, se encuentra en América el Código civil de Chile ¹. Ahora bien, como la obra de BELLO (principal artífice de este código) sirvió de modelo a los cuerpos legales que sancionaron muchas repúblicas americanas, se puede apreciar que la norma, consagrada en su artículo 1.551, ha sido reproducida literalmente en los Códigos civiles de Colombia, Ecuador, El Salvador y Honduras. El mismo temperamento, es decir, la consagración de la mora "*ex re*", han adoptado en este siglo el legislador brasileño, mejicano² y venezolano³.

¹ El Código civil chileno (Art.1.551) dispone que: "*El deudor está en mora:*

1º) *Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.*

2º) *Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.*

3º) *En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor*".

² Código civil de Méjico (Federal): "Art. 2104.- El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste.

II.- Si la obligación no dependiere de plazo, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviniera una obligación de no hacer, pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención".

"Art. 2105.- En las obligaciones de dar que tengan plazo fijo, se observará lo dispuesto en la fracción I del artículo anterior.

Si no tuvieran plazo cierto, se aplicará lo prevenido en el artículo 2080, primera parte".

"Art. 2080.- Si no se ha fijado el tiempo en que debe hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo, sino después de los 30 días siguientes a la interpelación que se haga, ya

Se comparte, sin reparos, la opinión de MOISSET DE ESPANÉS de que los estudios de Derecho comparado no tienen ningún significado si se limitan a la mera reproducción de textos legales, sin ningún orden. Y que tampoco es suficiente el haberlos agrupado, distinguiendo los sistemas imperantes en la actualidad, sino que es menester sacar de ello algunas conclusiones. Pero, dado que cada uno de estos ordenamientos necesitaría de un estudio pormenorizado para poder sacar de ellos algunas conclusiones, en este trabajo se ha optado por dar noticia de la regulación que hacen del instituto que aquí se estudia, porque de otro modo, además de extender excesivamente este capítulo, se faltaría a la verdad actual, puesto que no se dispone de bibliografía reciente y variada para un análisis comparativo de esta embergadura. Por estas razones, a mi juicio, es preferible realizar únicamente algún comentario acerca de aquellos cuerpos legales que pueden llamar la atención por su diferente redacción y visión de la institución jurídica de la mora del deudor.

1.- La constitución en mora del deudor en el Código civil de la República de Chile.

Como se ha dicho al comienzo de este epígrafe¹, es necesario hacer una breve alusión a la regulación que de la *mora solvendi* hace el Código civil chileno (conocido por "Código de Bello") porque de él han tomado ejemplo, si no copiado fielmente, un gran número de países americanos para regular sus instituciones jurídicas.

judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos.

Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación".

³ Código civil de Venezuela: "Art. 1629.- Si la obligación es de dar o hacer, el deudor se constituye en mora por el solo vencimiento del plazo establecido en la convención.

Si el plazo vence después de la muerte del deudor, el heredero no quedará constituido en mora, sino por un requerimiento u otro acto equivalente; y, únicamente ocho días después del requerimiento.

Si no se establece ningún plazo en la convención, el deudor no quedará constituido en mora sino por un requerimiento u otro acto equivalente".

¹ Vid., nota nº.6.

La constitución en mora en este Código posee una especialidad importante con respecto a los demás que hasta ahora ha sido analizados. Se trata de que ha sido configurada como un presupuesto necesario para exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados por cualquier tipo de incumplimiento. Así lo dispone expresamente el artículo 1.557: *"Se debe la indemnización de daños y perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención"*. Además, el artículo 1.558 cuando establece los criterios de imputabilidad de la responsabilidad, permite al deudor, constituido ya en mora, probar el acaecimiento de un caso fortuito para exonerarse de los efectos de la responsabilidad por incumplimiento del contrato (*"La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios"*), lo que da lugar a que ya no quepa duda alguna en afirmar la especialidad de este sistema, al haber previsto la constitución en mora del deudor como un requisito o presupuesto más para establecer la responsabilidad contractual por incumplimiento. Esta característica tan peculiar ha sido muy criticada por los autores chilenos, ya que tiene muy poco sentido práctico, si no ninguno, y quizá tampoco jurídico, el hecho de exigirle al acreedor que constituya en mora al deudor incumplidor (incluso si se trata de un incumplimiento definitivo) para tener derecho a la compensación de los daños y perjuicios que el incumplimiento, en sí mismo considerado, le ha causado. FUEYO LANERI critica la doctrina que defiende una interpretación literal de este precepto porque, -a su juicio-, entre otras razones, olvida los principios generales que informan la reparación de los perjuicios que tiene su causa sustancialmente en un acto ilícito injusto. Intentando amoldar la norma a la realidad jurídica y práctica en la que ha de ser aplicada, el autor propone otra que, en mi opinión, alcanza la finalidad que persigue. *"Cuando el artículo 1.557 expresa que se debe indemnización de los daños "desde que el deudor se ha constituido en mora", se está estableciendo un momento a contar del cual deben producirse determinados efectos. La preposición "desde" sirve para denotar principio de tiempo o lugar. Por lo mismo que el vocablo "desde" es parte de muchos modos adverbiales que suponen tiempo y lugar. Nadie podría dudar que desde ese momento que señala el art.1.557 cabe cobrar perjuicios. Pero ¿quién podría fundar la negativa de indemnización por daños y perjuicios acaecidos antes de ese instante y debidamente acreditados?, ¿y cómo podría*

negarse el derecho de fondo, al cobro de una reparación proveniente de un acto ilícito e injusto?, ¿o es que haríamos recaer sobre el acreedor un riguroso deber de compulsión para defender su propio interés?"

Finalmente se pregunta: *"¿Dónde está la disposición general o específica que por su parte descarta la zona intermedia entre el simple retardo y la interpelación judicial?"* y contesta llanamente: *"En ninguna parte. Por el contrario, todo el Código destila sanción al acto ilícito e injusto y por ese solo principio vale su nombre de ley. Y si el principio de la reparación del daño causado lo fuéramos a buscar en las preposiciones que denotan tiempo, como la voz "desde", quiere decir que habríamos olvidado la sustancia de las cosas y la más elemental forma de interpretar."*

En consecuencia, "desde la mora" no descarta el tiempo que va desde el momento en que debió cumplirse fielmente la obligación y aquel en que empieza el tan importante "desde". Es el deudor quien deberá probar el acontecimiento excepcional de haberle querido liberar de obligatoriedad el acreedor, que equivale a una remisión parcial, en cuanto a tiempo. Pero lo que se presume es la obligatoriedad y no la exención de ésta. La simple tardanza puede dar origen a la reparación de perjuicios, sin necesidad de constitución en mora. No implica aquiescencia.

Por último, aconsejan reafirmar esta interpretación, fundada en sólidos principios jurídicos, por una parte, la necesidad de imprimir mayor seriedad a los pactos en cuanto a su fiel cumplimiento... y, además, el hecho de que sería una injustificada regla "pro debitore". La interpretación de FUEYO LANERI es la más ajustada y propicia para una economía fluida y saneada y para el desarrollo de un tráfico jurídico y comercial seguro. Digo ésto, porque no es conveniente exigir la previa constitución en mora, es decir, un requisito más, para poder ejercer el derecho a la indemnización de un daño que se ha causado por el incumplimiento contractual. Si se tiene en cuenta que no se trata de un medio de punición, sino de compensación del daño demostrado, se ha de llegar necesariamente a esta conclusión. Además, esta norma del Código civil chileno, como pone de manifiesto FUERO LANERI es susceptible de una interpretación

más moderada. Desde el momento de constitución en mora surge, indudablemente, la obligación de reparar los daños causados. Pero, en primer lugar, ésto no significa que no puedan hacer referencia a los daños causados con anterioridad a ese momento. En segundo lugar, no significa que si no hay una previa constitución en mora, el acreedor no pueda por otra vía lograr la indemnización o compensación de los daños que efectivamente le ha irrogado el incumplimiento. En tercer lugar, es ilógico que sólo las obligaciones de no hacer se exceptúen de esta regla general cuando a lo sumo debería hacer referencia al tipo de incumplimiento de que se trate y no al tipo de obligación contraída. En último lugar, se llegaría con la aplicación literal del precepto a fomentar las contravenciones contractuales, en contra del principio generalmente admitido "*pacta sunt servanda*", que no son más que ilícitos injustos que el Derecho no debe permitir.

En consonancia con esta regla, el Código civil chileno establece que *"el deudor no es responsable de los casos fortuitos, a menos que se haya constituido en mora o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa"* y aclara, entre paréntesis, el sentido del primer supuesto contemplado por la norma (el de constitución en mora): *"siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor"*. Resulta de ésto que se asume la prueba tradicional francesa de que la cosa se hubiere perdido igualmente de haberse encontrado en poder del acreedor, pero, en el caso chileno, no se exige que la cosa debida se hallare en poder del deudor, sino que es aplicable a cualquier supuesto. Pues bien, una vez ordenada esta regla, la reitera para las obligaciones de dar cosa específica en el artículo 1.550: *"El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor, salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla... en cuyo caso será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega"*. El régimen seguido, aunque con una redacción un poco más complicada, es el mismo que traza nuestro sistema de riesgos por los casos fortuitos (salvo la prueba de que la cosa se hubiera igualmente dañado, que nuestro ordenamiento no contempla expresamente, aunque algunos autores la aplican analógicamente del artículo 1.896 sobre el cobro de lo indebido). Quizá la única diferencia es que el chileno declara expresamente que los riesgos por la pérdida fortuita, en principio, son de cargo

del acreedor, aunque pasarán a serlo del deudor si la cosa debida (o la prestación) se pierde por su culpa o si se haya constituido en mora. En el fondo, y se explicará detalladamente al tratar el sistema español, ésta no es más que una declaración de principios, puesto que se le atribuye al deudor la carga de probar que el caso fortuito no ocurrió por su culpa (presunción *iuris tantum* que opera en contra del deudor), es decir, que se trata de un verdadero caso fortuito, o bien probar que la cosa hubiera sufrido el mismo daño de haber estado en poder del acreedor¹. Además, al deudor de cosa cierta constituido en mora no se le permite prueba alguna, según el artículo 1.550 del Código civil chileno.

Se entiende que el deudor está constituido en mora, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.551 del Código civil chileno:

1º.- *Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora.* Este primer supuesto de constitución en mora es un supuesto de mora automática o *ex re*. La doctrina entiende que se trata de un pacto expreso de las partes contratantes sobre

¹ El artículo 1.547 del Código civil chileno dispone en su tercer inciso que: "*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.* Por ello, al deudor para exonerarse de la responsabilidad por riesgos se le permite probar la diligencia empleada o el caso fortuito. En mi opinión, tampoco existe inconveniente alguno en aceptar que el deudor constituido en mora pueda probar que la cosa, objeto de la obligación, hubiera perecido igualmente de haberse entregado a tiempo y que, en consecuencia, el acreedor hubiera sufrido el mismo daño. Pero aceptarlo conlleva, a mi juicio, formular un interrogante al que todavía no hallo una respuesta adecuada: ¿en qué se diferencia el régimen de responsabilidad contractual de un deudor constituido en mora de uno que no lo está?, ¿por qué se dice tradicionalmente que la constitución en mora del deudor es una situación de especial responsabilidad o de responsabilidad agravada?, ¿en qué radica tal especialidad o agravamiento si se le permite exonerarse del caso fortuito cuando mediante la constitución en mora se le han trasladado todos los riesgos fortuitos que puedan afectar al correcto cumplimiento tardío de la obligación?. Se ha de aceptar esta prueba en algunos ordenamientos porque así ha sido expresamente prevista por los legisladores, pero, en mi opinión, se debe ser riguroso a la hora de admitirla. No basta probar que el mismo caso fortuito que ha afectado al deudor hubiera incidido en la esfera de actividad del acreedor, en el mismo momento o el mismo suceso (incluso, quizá, uno distinto que incida de la misma manera en el objeto de la prestación), sino que además, es necesario probar que el objeto de la obligación se hubiera encontrado aún en su poder. Porque, ¿cuál es el fundamento de tal prueba?. Seguramente evitar un enriquecimiento injustificado del acreedor. Es decir, no compensarle con la indemnización de unos daños que igualmente hubiera sufrido de haberse hallado la cosa en su poder. Con la *perpetuatio obligationis* no se trata, por tanto, de sancionar el comportamiento ilícito del deudor, sino de redistribuir equitativamente los riesgos de los casos fortuitos, tomando como criterio de reparto, la mayor posibilidad de pérdida que existe una vez incumplida la obligación y, si es la misma, establecer un sistema de prueba, que eso sí, debe recaer objetivamente, sobre el deudor obligado.

el momento de vencimiento y exigibilidad de la obligación y sobre el automatismo de la constitución en mora. No se contempla, en consecuencia, el llamado término esencial, que daría lugar al incumplimiento definitivo, sino de término suspensivo o inicial, llegado el cual, el deudor asume *ipso facto* los riesgos fortuitos que puedan afectar al cumplimiento de su obligación. Este supuesto de constitución en mora automática se vé alterado *ex lege* en numerosos casos en los que la propia ley ordena la interpelación para la eficacia de la constitución en mora¹.

2º.- *Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.* En este caso, según la doctrina chilena, tampoco falta el requisito de la interpelación, aunque sea de forma tácita. El deudor desde que viene obligado a cumplir, se entiende tácitamente constituido en mora. No únicamente después del incumplimiento, sino desde el mismo instante en que surge su obligación de cumplir. FUEYO LANERI² asimila este supuesto al de la fijación de un término esencial al poner ejemplos como el de la torta de novios para el día del matrimonio, el pan de pascua para expender en los últimos días de diciembre desde antes de Navidad. El término esencial en este ordenamiento puede estar contemplado como un supuesto de mora, puesto que ésta es necesaria para la indemnización de los daños y perjuicios causados por cualquier tipo de incumplimiento. Pero en todos los demás, ya se ha explicado que no puede hacer alusión a este término, porque su vencimiento sin la preceptiva ejecución de lo pactado da lugar a un incumplimiento definitivo y, consecuentemente, carece de interés la constitución en mora del deudor incumplidor, porque, a su vez, carece de interés para el acreedor una prestación tardía.

3º.- *En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por*

¹ FUEYO LANERI, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, op.cit., pág.439., señala como excepciones a este primer supuesto de constitución en mora automática, las obligaciones testamentarias, como la del heredero obligado a cumplir un legado en un plazo fijado por el testador, o la del legatario obligado a ejecutar algo en un término fijado por el causante. También se exceptúa el caso de que se haya pactado en el contrato una cláusula penal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.538 y supuestos de contratos especiales como el de arrendamientos urbanos y locales de negocio.

² Vid., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, op.cit., pág.440.

el acreedor. Este es el principio general seguido por el Código civil chileno. Sólo se constituye en mora al deudor mediante la interpelación judicial, salvo los supuestos restringidos de mora automática contemplados en los dos números anteriores del artículo 1.551.

Para las obligaciones recíprocas, el artículo 1.552 establece que: *"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos"*. Según FUEYO LANERI¹, *"Es menester el estudio del problema en conjunto, considerando la interdependencia de las prestaciones, y la solución de la ley está basada en la relación íntima de las prestaciones recíprocas en los contratos bilaterales. Las partes se obligan porque su contraparte también lo hace. La teoría de la causa entra en juego. Dos cosas pone en juego nuestro artículo 1.552: la mora de las dos partes y la solución de la excepción del contrato no cumplido"*. Una vez más se pone de manifiesto la universalidad de esta norma y su íntima conexión con la *exceptio non adimpleti contractus* que, como excepción que es, si se ejerce opera como causa que impide la eficacia de la constitución en mora.

Finalmente, el artículo 1.559 establece las reglas especiales para la indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias, que son:

1º.- *Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.* El carácter excepcional de esta regla, a juicio de los autores, obliga a una interpretación restrictiva. Este primer número distingue tres clases de intereses: el *legal*, que en Chile equivale al *interés corriente*, según la Ley nº. 18.010 sobre operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero de 1981 (el *interés corriente* se traduce, según esta Ley, en el *interés promedio cobrado por los Bancos y las Sociedades financieras establecidos en Chile en las operaciones que*

¹ Vid., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, op.cit., pág.447

realicen en el país y que fijará la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras calculando el promedio en relación a las operaciones efectuadas durante cada mes del calendario). Aparece contemplado también el interés *convencional* que estipulan las partes en el contrato (que tiene restricciones legales, puesto que la Ley 18.010 de 1981 establece un interés máximo convencional que es aquel que excede en un 50% del interés corriente que rige al momento de la convención y, en consecuencia, todo interés convencional que sobrepase el máximo legalmente establecido será nulo). Aplicando esta norma, hay que decir que, se deben los intereses legales si nada se ha dicho para el caso de mora, o si se ha convenido que se pagarán intereses sin especificarlos, o si se han especificado en una tasa inferior a la legal. Se deben los intereses convencionales que hayan fijado las partes con la limitación de que no sean inferiores a los legales, ni superiores a los que autoriza la ley. Si son inferiores al interés legal, se debe este último. Si superan el máximo permitido, se rebaja el interés al corriente.

2º.- La segunda regla que establece el ordenamiento jurídico chileno para las deudas pecuniarias es la de que *el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, sino que basta el hecho del retardo*. Los perjuicios derivados de una obligación dineraria se presumen. Sin embargo, a raíz de la redacción de esta norma, se admite jurisprudencial y doctrinalmente que se puede cobrar mayor cantidad que la resultante por concepto de intereses, sean legales o convencionales, con la sola salvedad de que tendrá que rendirse la prueba respectiva por quien los alega.

En lo que se refiere a la aplicación de la máxima "*in illiquidis non fit mora*" hay que decir que también la Corte Suprema chilena hace una aplicación estricta y rigurosa del brocardo en contra de las voces que se vienen alzando en la doctrina acerca de los peligros reales, ya comprobados, de exigir la liquidez de la deuda para estimar correctamente constituido en mora a un deudor incumplidor. FUEYO LANERI¹ critica esta postura jurisprudencial por entender que sería más adecuado el criterio de hacer devengar intereses a la deuda, aun desde que era de hecho ilíquida. Simplemente, con efecto retroactivo, desde el momento en que era exigible, o se había constituido en mora

¹ Vid, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, op.cit., pág. 462.

al deudor. De otro modo, -a juicio de este autor-, se está perjudicando al acreedor sobre la base de un aprovechamiento injusto del deudor, muchas veces abusivo. En esta ocasión, como en muchas otras, es preciso huir de las soluciones *pro debitor*, que tanto abundan en los ordenamientos jurídicos (*sic*¹) y que son restos de "añejeces" jurídicas. Los intereses se deben desde el momento en que la deuda, devenida exigible, no ha sido pagada². Esta es la única manera de tutelar los intereses del acreedor y de evitar la injusticia que significa condicionar su derecho a formalidades que sirven especialmente para encubrir y proteger el comportamiento ilícito del deudor que no deja de ser una

¹ En mi opinión, en contra de lo que dice este autor, es difícil encontrar en los sistemas jurídicos el tan manido principio del *favor debitoris*, aunque sí se puede hallar en las interpretaciones doctrinales, quizá injustamente llamadas "sensibles", que desprenden la idea de que no se puede gravar todavía más al deudor de una suma pecuniaria, con la obligación de pago de los intereses legales y, en consecuencia, prefieren dejar el perjuicio causado por el incumplimiento (retrasado, porque es el único modo de incumplir una obligación pecuniaria, en virtud del principio *genus nunquam perit*, cuya virtualidad se puede discutir) sin compensar o cubrir. No se entenderá jamás el porqué de exigir la previa constitución en mora del deudor para ejercitar el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento retrasado de la obligación y que, sin embargo, que no se exija en los demás tipos de incumplimiento. ¿Por qué y con qué fundamento legal, expreso o tácito, se hace tal distinción de régimen legal entre los distintos tipos de incumplimiento contractual? Lo único correcto y verdadero que se puede afirmar es que en todos los ordenamientos jurídicos conocidos, las obligaciones consistentes en una suma de dinero siguen un régimen de indemnización por incumplimiento (que necesariamente ha de ser el retrasado, porque se repite que es el único modo de incumplir en este tipo de obligaciones) particular, porque se presume no sólo el perjuicio, sino la imputabilidad en el retraso (algo mucho más que discutible) y se fija la indemnización de modo automático sin necesidad de prueba alguna del daño efectivamente sufrido. Pero este régimen, que posee un carácter eminentemente dispositivo, no significa en modo alguno, que el acreedor no pueda renunciar a él y probar daños distintos (derivados del retraso) al previsto por el legislador o una cuantía superior a la que *forfetariamente* se ha establecido. Igualmente, no se ve, si efectivamente se tratase de aplicar el *favor debitoris* por qué razón el deudor no puede defenderse de tal presunción de imputabilidad (¿o es que se trata de una presunción *iuris et de iure* tratándose de obligaciones pecuniarias?).

² En mi opinión, las obligaciones pecuniarias han de contemplarse, en principio, como un supuesto de constitución en mora automática por dos motivos. El primero, porque la propia ley establece la automaticidad y cuantía de la indemnización añadiéndole las variaciones de valor que haya sufrido la moneda. Es decir, el interés legal a aplicar ha de tomarse en relación a cada momento en que ha variado. *V.gr.*, si se debe una determinada suma de dinero desde 1990 a 1994, para fijar los intereses legales debidos por el incumplimiento deberá tomarse en consideración el interés legal del dinero que se fijó por el Banco de España en 1990, 1991, 1992, 1993 y 1994 y no solamente el habido en 1990 o el de 1994, porque de este modo se evita el enriquecimiento injusto de ambas partes. Las variaciones o fluctuaciones de la moneda forma parte de los riesgos inherentes al contrato, riesgos que si no se ha pactado nada corren a cargo del acreedor, pero que al deudor retrasado en el pago que incurre en mora (con o sin interpelación) se le traslada el riesgo. El segundo motivo para estimar el automatismo de la constitución en mora del deudor de una obligación pecuniaria es que, si no se ha pactado nada (porque si se hubiera pactado interés convencional sin necesidad de previa interpelación entraría en el primer supuesto contemplado en el art.1.100.2º de nuestro Código civil) se puede tratar de una obligación que de su propia naturaleza y circunstancias se puede presumir que la fijación del tiempo en que ha de cumplirse es casi siempre un motivo determinante para establecerla. Es difícil pensar en un supuesto en el que las partes no fijen un momento determinado para el pago de la suma. Es probable que no hayan convenido una cláusula penal o intereses convencionales, pero no que implícitamente no hayan pactado un plazo esencial para el cumplimiento.

protección mal entendida e inmerecida en favor del deudor recalcitrante. Además, no hay que perder de vista, —en opinión del autor—, la circunstancia esencial de que se trata de una liquidación de perjuicios legal, a la vez mínima y prudente, que por lo mismo no admite nuevas reducciones por vía de interpretaciones *pro debitore*.

2.— La constitución en mora del deudor en el Código civil mejicano.

La especialidad de este código en cuanto a lo que a la constitución en mora del deudor se refiere radica en que para apreciarla distingue según se trate de obligaciones de dar y de obligaciones de hacer (artículo 2.080 del Código civil mejicano). En las primeras (obligaciones de dar) la constitución en mora sólo se hace efectiva transcurridos treinta días desde la interpelación, judicial o extrajudicial ante notario o dos testigos. En las obligaciones de hacer, es necesario que transcurra el tiempo necesario para la ejecución del hecho y que el acreedor exija el cumplimiento. En cuanto a las obligaciones de no hacer el nuevo Código¹ no dice nada, pero la doctrina se inclina a pensar que en los casos en los que la naturaleza de la abstención suponga el transcurso de un cierto tiempo, cuando nada se diga, se sobreentenderá que la obligación es exigible desde que nace y que no es necesaria la previa constitución en mora del deudor para que surja la responsabilidad contractual.

El sistema seguido por el ordenamiento jurídico mejicano actual es el de la constitución en mora automática si en la obligación de dar o de hacer se ha fijado un plazo. Vencido éste, el deudor viene automáticamente constituido en mora sin necesidad de acto formal alguno de interpelación por parte del acreedor. Así lo dispone el artículo 2.104: *"El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los*

¹ El anterior es de 1884 que acogía el antiguo sistema portugués. El artículo 1.423 decía que *"El que se hubiere obligado a prestar algún hecho y dejare de prestarlo, o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes: I. — Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste. II. — Si la obligación no dependiere de plazo cierto, solamente correrá la responsabilidad desde el día en que el deudor fuere interpelado"*. A su vez el artículo 1.424 definía lo que era la interpelación: *"Se llama interpelación el acto por el cual el acreedor intima o manda intimar al deudor que cumpla su obligación"*.

términos siguientes: I. - Si la obligación fuere a plazo comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste; II. - Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2.080. El que contraviene una obligación de no hacer, pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención". El artículo 2.080 ordena que: "Si no se ha fijado el tiempo en que debe hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación". Al leer este precepto surge una duda que, en principio, no se puede soslayar, que es el relativo al orden cronológico establecido por el legislador para la efectividad de la constitución en mora del deudor incumplidor. Parece que requiere, cuando no hay estipulación sobre el tiempo de cumplimiento, que el acreedor, en primer lugar exija, mediante interpelación, el cumplimiento de la obligación de dar, y posteriormente, transcurridos treinta días, haga una segunda intimación (esta vez, judicial). Digo ésto porque el precepto dice expresamente que "el acreedor no podrá exigirlo (el cumplimiento) sino después de los 30 días siguientes a la interpelación que se haga". La doctrina mejicana interpreta la norma en el sentido de que no podrá demandar el cumplimiento si no ha dejado pasar inutilmente treinta días tras la interpelación, "pues aun cuando la demanda haga las veces de intimación, el deudor estaría anticipándose en treinta días a la fecha de exigibilidad del pago", -explica la doctrina¹-. Esta es una de las particularidades a las que se hacía referencia al comienzo del epígrafe. La dificultad de constituir en mora al deudor de una obligación de dar, si no se ha previsto el plazo determinado de cumplimiento en el contrato, es harto complicado en el sistema mejicano. Parece contradictorio que se establezca un principio general de mora automática para las obligaciones a plazo y para las que no lo tengan se siga un principio de carácter tan cerrado y complejo. A esto además ha de añadirse la excepción que se hace con las obligaciones de hacer en las que tampoco se haya previsto y pactado contractualmente

¹ Vid., ROJINA VILLEGAS, R., *Derecho Civil Mexicano, tomo V: Obligaciones*, vol. II, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1976. y los que aquí se citan.

un plazo de ejecución, puesto que en ellas, la demanda judicial sí equivale a interpelación, siempre y cuando se haya dejado pasar un plazo razonable o necesario para su cumplimiento.

Las contradicciones de este sistema de constitución en mora, además, se ponen de manifiesto leyendo las numerosas excepciones que el Código hace al principio general establecido dispersamente en los artículos citados. De este modo, entre otros, siguen unas reglas especiales el contrato de compraventa, el mandato, la gestión de negocios, el pago de lo indebido, las obligaciones nacidas de hechos ilícitos.

En cuanto a las consecuencias que se derivan de la constitución en mora del deudor únicamente han de resaltarse, por su especialidad, dos. La primera, es que es un requisito indispensable para ejercitar y obtener el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios causados por cualquier tipo de incumplimiento contractual. El segundo es que el deudor constituido en mora está obligado legalmente a pagar los gastos judiciales (artículo 2.118). En todo lo demás, las consecuencias jurídicas que se derivan de la constitución en mora son las mismas que en cualquier otro ordenamiento de los analizados.

3.- La constitución en mora del deudor en el Código civil paraguayo.

La regulación de la constitución en mora del deudor que hace este Código civil merece también algún comentario, aunque sólo sea breve.

El sistema paraguayo exigía antes de su reforma el tradicional elemento de la interpelación, que ha sido suprimido como requisito general por el nuevo artículo 424, que en su párrafo primero establece que la mora se producirá automáticamente por el solo vencimiento del plazo. La interpelación subsiste solamente como un elemento accidental para las obligaciones a que se refiere el segundo párrafo del nuevo artículo 424, es decir, aquéllas en las que no se ha fijado plazo, pero que de su naturaleza y

circunstancias resulte que son exigibles a partir de cierto momento¹.

El Artículo 424 del Código civil paraguayo dispone que: "*En las obligaciones a plazo la mora se produce por el solo vencimiento de aquél.*

Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora.

Si no hubiere plazo, el juez pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada en la sentencia para el cumplimiento de la obligación.

Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor deberá probar que no les es imputable. Si la obligación deriva de un hecho ilícito, la mora se producirá sin interpelación."

El principio que se sigue tras la reforma se ha invertido y la nueva regla es la existencia de la mora automática, para las obligaciones a plazo, con las excepciones que se asientan en los párrafos siguientes. Explica MOISSET DE ESPANÉS, que ha estudiado profundamente el tema de la constitución en mora del deudor en el Código Civil de Paraguay², que resulta claro que el legislador ha pretendido clasificar todas las obligaciones, según exista o no exista un plazo para su cumplimiento y, dado que la

¹ En este punto la regulación que hace el Código civil paraguayo y el argentino actual es idéntica y, como se explicará posteriormente al hablar del argentino, no hay por menos que quedarse estupefacto ante el cambio producido en estos dos sistemas de constitución en mora, porque si tradicionalmente este supuesto ("que de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que el tiempo en que debía entregarse la cosa o hacerse el servicio fué motivo determinante para establecerla") venía y viene siendo considerado una de las excepciones a la necesidad de interpelación, estos dos ordenamientos, reformados ambos, han optado por considerarlos una excepción a la regla de la constitución en mora *ex re* o automática y hacerlos depender de la previa intimación. Es decir, llevar a cabo una regulación absolutamente contraria a la tradicional.

² En un trabajo inédito titulado "*La mora en el nuevo Código civil de paraguay*", que amablemente me cedió en 1991 para su lectura.

división que efectúa no coincide exactamente con la clasificación de los plazos que tradicionalmente ha realizado la doctrina, es menester tratar de desentrañar cuáles son las distintas categorías que establece, de acuerdo con los términos que ha empleado. Las hipótesis que se plantean, a juicio de este autor, son tres:

a) Constitución en mora en las obligaciones a plazo.

b) Constitución en mora en las obligaciones en las que no se ha fijado plazo, pero que son exigibles a partir de cierto momento, y ello resulta de las características mismas de la obligación.

c) Constitución en mora en las obligaciones sin plazo, en las que debe recurrirse al juez pidiendo la fijación de un plazo para su cumplimiento.

Comenzando por el primer supuesto contemplado en este ordenamiento: obligaciones a plazo, se puede apreciar que existen dos tipos de obligaciones a plazo. Aquéllas en las cuales se ha fijado con relación a un día, mes y año, es decir, el plazo va referido a una fecha determinada, y aquellas otras en las que se ha fijado con relación "a un acontecimiento futuro que se producirá necesariamente" (artículo 334). En consecuencia, —explica MOISSET—, la locución "*obligaciones a plazo*" que emplea el artículo 424, comprenderá tanto los casos de "*plazo cierto*", como los de "*plazo incierto*"¹, pues en ambos casos hay un plazo *fijado* y no puede pensarse jamás en solicitar al juez su determinación, ni en exigir la ejecución de la prestación antes del cumplimiento del plazo. Ilustra con los siguientes ejemplos ambas hipótesis:

a) Hay plazo "*cierto*", cuando se estipula que la obligación debe cumplirse el día 15 de agosto de 1987 (se ha fijado día, mes y año); o la Navidad del año en curso (que también es una fecha cierta: 25 de diciembre de 1994); o a 30 días de la fecha.

¹ MOISSET aclara, de paso, que en muchas oportunidades los tribunales argentinos, incluso la Suprema Corte, han confundido el "*plazo incierto*", que es un plazo fijado por las partes, con el "*plazo indeterminado*", que puede y debe ser fijado por el juez.

b) La obligación tiene plazo "incierto", cuando el deudor se ha comprometido a pagar una suma de dinero el día en que muera Fulano; o el día de la primera lluvia a partir de la fecha. Se trata de acontecimientos que forzosamente han de ocurrir (y, por ello, constituyen un plazo y no una condición), pero no se sabe cuándo sobrevendrán (por eso el plazo es incierto).

El plazo, en ambos casos, ha sido claramente fijado por las partes, y no se concibe que recurran al juez pidiendo que determine otro distinto, sino que deberán esperar que el acontecimiento se produzca y en ese momento la obligación será exigible. De acuerdo con lo previsto en el nuevo artículo 424 del Código civil paraguayo, la mora se producirá, en ambas hipótesis, automáticamente.

En el Derecho Comparado hay varios ordenamientos jurídicos que limitan la mora automática a los casos de plazo "cierto", y ello se debe, —en opinión de MOISSET—, a que las exigencias no pueden ser iguales cuando el deudor conoce con exactitud el momento en que ha de vencer la obligación y, a pesar de ello, no cumple, que cuando se encuentra frente a un plazo incierto, que puede sobrevenir repentinamente y, por esa misma razón, le resulta difícil el cumplimiento inmediato.

En el segundo supuesto contemplado por la norma estudiada, en las obligaciones en las que no se ha fijado un plazo expresamente, pero la exigibilidad surge de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el artículo 424 del Código civil paraguayo establece, contrariamente a lo que hacen los códigos civiles tradicionales, la necesidad de la previa interpelación para que el deudor se entienda constituido en mora. En este punto, MOISSET DE ESPANÉS ofrece una explicación bastante descriptiva de lo que, seguramente, se piensa al enfrentarse con esta norma: *"Debemos confesar que al leer por primera vez este dispositivo legal, pensamos que se había cometido un desatino (así lo sostuvo en Argentina, obstinadamente, el Prof. LLAMBIAS). Aceptábamos la sustitución del principio de la mora "ex persona" por la mora "ex re", pero nos parecía totalmente incorrecto que, por el simple deseo de reformar se trastrocara todo el régimen y que, mientras por un lado se suprimía la interpelación para las obligaciones*

a plazo, por otro se estableciese ese requisito precisamente para las hipótesis en las cuáles el Código lo había considerado innecesario. Esto mismo es lo que, casi por necesidad, las personas habituadas al tradicional supuesto de mora automática (contemplado en el número 2º del artículo 1.100.2º del Código civil español) deben pensar al contemplar como los ánimos renovadores trastocan todo el sistema de constitución en mora de un modo poco renovador y más bien confusionista. Sin embargo, MOISSET, comparando este sistema con el antiguo ordenado en el Código de Vélez Sársfield, en el que se preveía, como en el español, este supuesto como excepción al principio general de mora "*ex persona*", busca una explicación al cambio operado en el sistema paraguayo y lo encuentra en un error de interpretación cometido por la doctrina durante largo tiempo. Dice este autor que *"En realidad habíamos equivocado el enfoque, porque el parecido de la locución empleada en la norma ("la naturaleza y circunstancias de la obligación") nos había llevado inconscientemente a asimilar dos supuestos de hecho que son totalmente diferentes. El empleo del mismo giro evocaba en nuestra memoria conceptos que habíamos utilizado durante largos años y recordábamos los numerosos ejemplos de obligaciones en las cuales, por su naturaleza y circunstancias, el plazo designado era esencial, y la falta de cumplimiento dentro de este término "provocaba automáticamente" la mora del deudor. Doctrina y jurisprudencia nos suministraban una cantidad de ejemplos: tarta de novios, carga para un buque que debe partir en determinada fecha, etc. Evidentemente en estos casos no podía, ni puede exigirse la interpelación para constituir en mora al deudor, ya que "después de transcurrido el plazo" no cabe la posibilidad de cumplimiento. Pero, ¿es que acaso el segundo párrafo del artículo 424 se refiere a esas situaciones, como se ha sostenido por algunos y también llegamos a pensar nosotros en un primer momento? Enfatícamente debemos responder con una negativa. Cuando Vélez Sársfield hablaba en el Código de "la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación", estaba refiriéndose claramente a obligaciones que tenían un plazo fijado, y ese plazo era tan importante, -de acuerdo a las características y naturaleza de la obligación-, que resultaba esencial y su vencimiento provocaba la "mora automática" o, mejor dicho, el "incumplimiento definitivo". Quizá, sea conveniente insistir un poco sobre este particular y si analizamos las hipótesis enumeradas por la doctrina y jurisprudencia*

como casos de mora "ex re", -correspondientes al inciso 2º del artículo 509 del viejo código-, veremos que siempre hay un plazo fijado. En la actualidad, con el nuevo régimen de la mora, se aplicará en estos casos el primer párrafo del artículo 424 y también la mora se producirá automáticamente, por tratarse de obligaciones a plazo. En realidad, como lo han señalado diversos autores, ni siquiera se trata de verdaderas hipótesis de mora, pues aquí no hay un simple retardo sino que, como el plazo es esencial, el cumplimiento fuera de término resulta imposible (cargar el buque después que zarpó, animar los bailes de Carnaval después de terminadas las fiestas, etc.), y por tanto nos hallaremos frente a casos de incumplimiento, no de mora. En cambio, el segundo párrafo del artículo 424 se refiere a obligaciones que no tienen plazo expresamente convenido, aunque de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que serán exigibles a partir de cierta época: en tal caso la mora se logrará por medio de la interpelación. Está bien claro que se trata de dos situaciones totalmente distintas y perfectamente diferenciables". La explicación de MOISSET en defensa de la reforma operada en el sistema de constitución en mora del deudor del Código civil paraguayo, a mi juicio, carece de fundamento actual, puesto que desde hace largo tiempo la doctrina viene estimando que el supuesto de mora automática referente a la naturaleza y circunstancias de la obligación, no hace en absoluto alusión al término esencial, porque el incumplimiento de las obligaciones sujetas a este tipo de término sólo puede dar lugar al incumplimiento definitivo y, como se sabe, no cabe hablar de constitución en mora del deudor, si la obligación no es susceptible de cumplimiento (por haber devenido imposible) o su cumplimiento posterior, aun siendo posible, carece de interés para el acreedor. En mi opinión, la explicación no es suficiente para apoyar la reforma del sistema.

El tercer supuesto contemplado por el nuevo artículo 424 del Código civil paraguayo es el de las obligaciones sin plazo o lo que MOISSET DE ESPANÉS califica de plazo indeterminado. Se contempla la hipótesis de las obligaciones que, de acuerdo al lenguaje del nuevo Código, carecen de plazo, y arbitra como solución que el juez lo fije, a petición de parte. Se comparte con MOISSET la opinión de que la denominación empleada para caracterizar estas obligaciones puede originar algunas dificultades

interpretativas y motivar una confusión con respecto al grupo anterior. En realidad corresponden a las obligaciones que el código derogado llamaba de "*plazo indeterminado*". En ellas la exigibilidad de la prestación no surge de las circunstancias y naturaleza de la obligación, sino que es menester recurrir al juez para que éste fije un plazo de cumplimiento. Explica el autor que puede acarrear confusiones, no porque el legislador haya procedido desacertadamente al distinguir las diferentes hipótesis, sino porque nuestro esquema mental no está adecuado a los nuevos términos y podemos caer fácilmente en el error. Sin embargo, la distinción trazada le parece lógica teniendo en cuenta que el supuesto estudiado antes se refería a obligaciones en las cuales, aunque las partes no han fijado plazo, se presume que serán exigibles a partir de cierto momento. En la hipótesis ahora se estudia, en cambio, no existen elementos de juicio suficientes, ya sea porque las partes no han fijado ningún plazo, ya porque han hecho referencia a acontecimientos que no es seguro que sucedan. Ejemplifica su explicación, imaginándose las distintas situaciones que pueden darse:

1º) No se fijó en la celebración del contrato ningún plazo: El arrendamiento de obra debe ejecutarse en el plazo estipulado, o "en el que fuere razonablemente necesario". ¿Cómo determinar cuál es ese plazo razonable?. La interpelación aquí, —a juicio de MOISSET—, no será suficiente y, en caso de controversia, deberá recurrirse al juez.

2º) Se fijó como plazo de cumplimiento un suceso que no tiene porqué acontecer: Las partes han tomado en cuenta un acontecimiento futuro, no necesario, como puede ser la posibilidad de que el deudor pague cuando mejore de fortuna. Por excepción este hecho no necesario, no constituye una condición, ni se supedita a ese acontecimiento la existencia misma de la obligación, que deberá cumplirse en algún momento. Sin embargo, como no hay elementos de juicio suficientes para determinar desde qué instante la obligación será exigible, el acreedor tendrá que recurrir al juez para solicitar que fije el plazo. Éstas son, —según el criterio seguido por este autor—, las obligaciones sin plazo o, mejor dicho, obligaciones de plazo indeterminado, que para la constitución en mora de su deudor han de someterse necesariamente a la fijación judicial del plazo.

Además, este supuesto hace referencia a las acciones concedidas al acreedor. Según el párrafo tercero del artículo 424 paraguayo: *"Si no hubiere plazo, el juez, a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada en la sentencia para el cumplimiento de la obligación"*. La norma dispone que el trámite sea sumario, pero no se detiene allí, sino que —con buen criterio, según MOISSET— arbitra otra solución, permitiendo acumular la acción de cumplimiento con la de fijación de plazo, para evitar dos procesos y agilizar de esa manera el trámite judicial. El acreedor podrá, junto a la fijación de un plazo, reclamar el cumplimiento de la obligación y, después de probar en el juicio la existencia, monto y exigibilidad de la prestación, el juez en su sentencia condenará al deudor al cumplimiento de la obligación y, al mismo tiempo, fijará un plazo para su cumplimiento. A partir de ese momento, devendrá ya una obligación a plazo determinado y existirá, además, una sentencia judicial que ordena su cumplimiento. De este modo, si el deudor no cumple en el tiempo fijado, incurrirá automáticamente en mora y, además, podrá iniciarse sin más el trámite de ejecución de la sentencia. Se evita de esta forma un doble litigio, y en el mismo pleito se logra el reconocimiento de la obligación, la sentencia que ordena cumplirla y la fijación del plazo que le hará incurrir en mora automáticamente, en caso de incumplimiento. Según MOISSET, en este aspecto la norma es merecedora de elogios, pues ahorra desgastes jurisdiccionales inútiles.

En lo que respecta a la constitución en mora de las obligaciones derivadas de actos ilícitos hay que decir que al tratarse de un problema planteado por los códigos tradicionales, que no lo preveían expresamente, ha sido motivo de especial consideración en algunos códigos civiles modernos que ya disponen expresamente que ésta es una hipótesis de mora *"ex re"* (*V.gr.*, el Código italiano (artículo 1219); el portugués (artículo 805.2º); o el guatemalteco (artículo 1431.4º)). Y, es también la solución que ha adoptado el artículo 424 del Código civil de Paraguay en su último párrafo: *"Si la obligación deriva de un hecho ilícito, la mora se producirá sin interpelación"*.

Finalmente, la constitución en mora del deudor en las obligaciones recíprocas

sigue el criterio de la necesidad de que el que reclama la efectividad de la constitución ha de haber cumplido o haberse allanado a cumplir su propia obligación.

Para acabar el estudio de este sistema, creo que es necesario hacer alusión a una idea que vuelca MOISSET en su trabajo dedicado a este ordenamiento y en la que se discrepa. Afirma el autor que es necesario distinguir la indemnización por mora de la indemnización por incumplimiento. Y explica que en el caso de mora se continúa debiendo la prestación, y junto a ella los daños moratorios. En cambio, la indemnización por incumplimiento se debe en lugar, o en reemplazo, de la prestación principal y tiende a poner al acreedor en la misma situación en que se hubiera encontrado si no se hubiese producido el incumplimiento. Alega en favor de esta tesis el artículo 423 del Código civil paraguayo que dice que: *"El deudor será responsable por los daños y perjuicios que su morosidad ocasionare al acreedor en el cumplimiento de la obligación"*. *"Fácilmente, -llama la atención el autor-, advertirán que la norma presume que la prestación se ha de cumplir, aunque sea tardíamente"*. Se discrepa de esta opinión por dos motivos esencialmente: el primero es que la constitución en mora no conlleva en sí misma indemnización, puesto que no es ningún incumplimiento, no es ningún supuesto susceptible de indemnización, sino que es el incumplimiento (retrasado, parcial o defectuoso) el que puede dar lugar, si el acreedor así lo desea o la ley lo preceptúa, a la constitución en mora como medio jurídico articulado por el legislador para lograr un traspaso de los riesgos y, en cualquier caso, es susceptible de indemnización (siempre y cuando se den los presupuestos necesarios para ella: existencia de daños, prueba de los mismos y del nexo de causalidad entre éstos y el incumplimiento del deudor e imputabilidad del incumplimiento). El segundo motivo es que la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento si bien persigue una reparación integral, es decir situar al acreedor en la misma situación en la que se encontraría de haberse cumplido la obligación, no significa que el deudor ya no deba cumplir su obligación, porque a su cumplimiento estará obligado siempre que la prestación no haya devenido imposible y si ha sido así, deberá cumplir por equivalente, además de abonar la indemnización de los daños. Aunque, en este último caso, prestación y daños se concretan en una suma de dinero, ésta, el saldo deudor, se forma de diversas partidas

en función de distintas finalidades a cubrir. Una será el valor de la prestación devenida imposible y la otra los daños y perjuicios probados que el incumplimiento haya irrogado al acreedor.

4.- La constitución en mora del deudor en el Código civil argentino.

También el nuevo sistema de constitución en mora del deudor acogido por el Código civil argentino merece ser objeto de un breve comentario, porque al igual que el paraguay se ha reformado de un modo absoluto al cambiar el tradicional sistema francés de mora mediante interpelación (con algunos supuestos excepcionales de mora automática¹), por el principio general de mora *ex re* para las obligaciones a plazo con algunas excepciones de mora mediante interpelación o requerimiento.

El actual artículo 509 del Código civil argentino, reformado por la Ley 17.711 establece que: *"En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las*

¹ El Código civil argentino de Dalmacio Vélez Sársfield en su artículo 509 rechazó, tomando como ejemplo el Código civil francés, la aplicación del principio del Derecho justinianeo y del Derecho Común *"dies interpellat pro homine"*. Establecía el antiguo precepto que: *"Para que el deudor incurra en mora, debe mediar requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes: 1º) Cuando se haya estipulado expresamente que el mero vencimiento del plazo la produzca; 2º) Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación, fué un motivo determinante por parte del acreedor"*.

El Anteproyecto de reformas del Código civil de Juan Antonio Bibiloni, en su artículo 1.020, reproducía este artículo pero le añadía tres supuestos más de constitución en mora automática o sin interpelación: *"3º) Cuando la obligación proviene de delito; 4º) Cuando tuviese por objeto una abstención, y el deudor hubiera realizado un acto contrario; 5º) Cuando, por ausencia u ocultación del deudor no fuese posible el requerimiento. En tal caso la intimación por vía de declaración, producirá los efectos de él"*.

El Proyecto de reforma del Código civil de 1936 establecía en su artículo 572 que: *"Para que el deudor incurra en mora debe mediar requerimiento judicial o extrajudicial del acreedor, excepto en los siguientes casos: 1º) Cuando se hubiere estipulado expresamente que el mero vencimiento del plazo la produzca; 2º) Siempre que por naturaleza y circunstancias de la obligación, el tiempo pactado fuere un motivo determinante para el acreedor; 3º) Si la obligación procediere de un acto ilícito"*.

acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación. Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable". Como se ha podido apreciar, tras la lectura de esta norma, el contenido es idéntico al del Código civil paraguayo y, es por ello, que le es trasladable todo lo dicho sobre aquel sistema y, lógicamente, el estudio realizado por MOISSET DE ESPANÉS es aplicable al actual Código civil argentino. Pero si se hace un breve epígrafe independiente del anterior es para poner de manifiesto la opinión de otros autores, que incluso formaron parte de la Comisión de reforma del Código, que han estudiado este tema y que se muestran absolutamente en contra o a favor de este nuevo sistema argentino de constitución en mora.

J.J. LLAMBIAS¹, especial detractor de este sistema de mora automática, y que formó parte de la Comisión, sostuvo que *"el sistema de mora mediante interpelación se adapta apropiadamente a nuestros hábitos de vida y valoraciones sociales. La observación del medio social muestra que las obligaciones se cumplen en el gran número de los casos sin que sea menester acudir a los Tribunales, ni recargar la deuda con prestaciones suplementarias. También es frecuente que el acreedor tolere ciertos retardos mínimos, porque confía en el deudor, y atiende a sus dificultades momentáneas, sin descargar sobre él todo el peso de sus derecho. Es que acreedor y deudor son, ante todo, hombres, y como tales, están influenciados por la ley moral que si mueve al deudor a pagar sus deudas, también dispone al acreedor a contemplar benigneamente, cualquier dilación transitoria en el pago debido"*. La denuncia de LLAMBIAS denota cierta influencia del manido y no encontrado principio del *favor debitoris*. Sin embargo, es preferible opinar que, incluso en una época, como la actual, de incertidumbre económica, que siempre es un factor decisivo para optar por los sistemas de

¹ Vid., LLAMBIAS, J.J., *Ley 17.711: la reforma del Código civil*, "Jurisprudencia Argentina", 1968, V, pág. 774, citado por A.M. BIEDMA SCHADEWALDT, *Mora automática*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, pág. 34.

automaticidad de cualquier institución jurídica que afecta al crédito¹, es más conveniente para la seguridad del tráfico jurídico conservar el sistema de constitución en mora del deudor mediante interpelación, con excepciones como la del pacto expreso de las partes y la referente a la naturaleza y circunstancias de la obligación (en la que la determinación del momento de cumplimiento necesariamente ha de quedar en manos del propio deudor, porque sólo él conoce el momento adecuado para la ejecución correcta y exacta de la prestación), que cambiarlo por el de constitución en mora automática que, sin duda, agrava, *ex lege* y *ex* fundamento suficiente, la situación de un deudor que todavía no se puede considerar jurídicamente responsable. El hecho del vencimiento del plazo fijado por las partes para el cumplimiento, ya se ha dicho, en principio y salvo que las partes pacten una regla diferente, sólo significa que ha surgido la facultad de exigir el cumplimiento. Antes de ese momento nada se puede exigir, porque el deudor nada está obligado a cumplir y viceversa, como la obligación es inexigible, el deudor no está obligado a cumplir. Si las partes pactan que no habrá necesidad de exigir (de interpelar, al fin y al cabo) para que surja la obligación de cumplir, el solo vencimiento dará lugar, por voluntad de las partes, a la constitución en mora y, en consecuencia, se le trasladarán convencionalmente al deudor todos los riesgos fortuitos. Si no ha habido pacto, la llegada del plazo sólo da lugar a la exigibilidad del crédito. Además, adoptando el sistema de automaticidad de la constitución en mora, se agrava el problema de las obligaciones recíprocas, porque se dará el caso de que ambos contratantes se encuentren en situación de mora o que, siempre, sea el que antes esté obligado a cumplir, sin que el otro lo haya hecho o se haya allanado a hacerlo. Si, por ejemplo, en el interín, la cosa debida se pierde o el servicio se hace imposible ¿quién deberá correr con ese riesgo?. Si se acoge el sistema de constitución en mora

¹ Así por ejemplo, lo expresa BIEDMA SCHADEWALDT, *Mora automática*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, pág.40 cuando dice que "El principio de la mora automática en las obligaciones a plazo se funda en razones valederas de justicia, seguridad jurídica y agilización en las transacciones. Hemos dicho que el deudor conoce de antemano cuándo vence su obligación y el día en que puede liberarse de ella. El solvens no debe esperar telegramas colacionados, cartas-documentos, ni actas notariales, ya que sabe por su expresa y libre voluntad cuándo debe cumplir con su obligación. Esta seguridad y simplicidad la ha establecido el sistema de mora automática en las obligaciones a plazo... Teniendo como base el concepto de obligación y de conformidad con la época de rapidez, seguridad y facilidad en las relaciones contractuales, nos sentimos en un todo de acuerdo con el sistema de la mora automática en las obligaciones a plazo, consagrado por la reforma del Código civil, que ha constituido un acierto indudable y acorde con la necesidad de los tiempos modernos".

automática, como principio general, se está acogiendo también el de la automaticidad de la responsabilidad, puesto que se le está agravando *ipso iure* al deudor incumplidor el régimen trazado por el ordenamiento. En mi opinión, en aras de la seguridad jurídica, merece conservarse el principio romano de la interpelación como medio normal de constitución en mora del deudor y sus excepciones, puesto que en la duda, de si se trata de un supuesto de excepción, el acreedor siempre podrá interpelar (extrajudicial o judicialmente) o probar que se trata de uno de los supuestos contemplados en las exoneraciones a la regla de la intimación¹.

Tampoco se puede eludir la opinión de G.A. BORDA, quien ha escrito tantísimos artículos sobre esta reforma², para quien el cambio de sistema de constitución en mora es el más adecuado teniendo en cuenta las dificultades que suponía en la práctica el cumplir con el requisito de la interpelación. Así decía³ que "no sólo el sistema que exige la interpelación en las obligaciones a plazo es en sí mismo inconveniente, sino que además, nuestra Jurisprudencia civil lo había agravado al interpretar el artículo 509 con una rigidez intolerable. El pacto para establecer la mora automática debía ser

¹ BIEDMA SCHADEWALDT, *Mora automática*, op.cit., pág.60, formula a BORDA, que opina que basta con el solo presupuesto del vencimiento del plazo para entender constituido en mora al deudor, la siguiente pregunta: "¿Qué ocurre si el deudor prueba que dicho retraso no le es imputable?. De acuerdo con la opinión de BORDA, existe el estado de mora y no se aplican al deudor las consecuencias de él, es decir, las responsabilidades derivadas de la mora. Disentimos con semejante razonamiento. Si existe una institución, denominada mora o como se llame, es porque produce consecuencias jurídicas. Incurre en responsabilidad el deudor moroso. Sostener que hay estado de mora por el solo vencimiento del plazo y que no existe responsabilidad por dicho estado en los casos en que habiendo vencido el plazo, el deudor pruebe su inimputabilidad, es lo mismo que afirmar que existe mora sin consecuencias jurídicas, por el mero vencimiento del plazo. La mora automática parte de un supuesto: ha vencido el plazo para el cumplimiento de una obligación y el obligado no ha cumplido, por lo tanto, existe un estado de mora del deudor. Pero ese supuesto no es el único que configura el estado de mora. ¿Qué ocurre si el deudor prueba que de su parte no hubo dolo o culpa o impedimento por parte del acreedor, o que ha habido un caso fortuito, o una imposibilidad de pago, que le han impedido cumplir con su obligación?. Es cierto que existe una presunción "iuris, de que en caso de que el obligado no abone en término su deuda, es imputable y cae sobre él el estado de mora, ¿Pero, y si el obligado destruye esa presunción "iuris tantum", que admite prueba en contrario?. Evidentemente, ha vencido el plazo, el deudor no ha pagado su deuda, pero al probar su inimputabilidad no se configura el estado de mora sobre la persona del deudor".

² Entre otros, *La reforma del Código Civil. Mora*, "El Derecho", n.º 29, pág.751, citados por A.M. BIEDMA SCHADEWALDT, *Mora automática*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986 y el *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, vol.I, 6ª ed. actualizada, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1989.

³ Vid., BORDA, *Tratado de Derecho Civil*, op.cit., pág.66.

absolutamente expreso e inequívoco; no se consideró suficiente a tal efecto, que el contrato dijera que el deudor se comprometía a pagar "con puntualidad", o "sin demora y excusa", o que el pago se hará "indefectiblemente" en el plazo fijado, o que el plazo es "improrrogable" o "impostergable". Ni siquiera bastaba que el contrato hubiera establecido una pena para cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación. Aún en este caso era necesaria la interpelación para que la cláusula penal comenzara a correr. Más todavía: si la obligación debía cumplirse al domicilio del deudor, no bastaba la interpelación, sino que era necesario que el acreedor concurriera al domicilio del deudor a recibir el pago. En la práctica, la constitución en mora se había hecho diabólica y puede decirse, sin temor a error que, no ya los profanos, sino la mayor parte de los abogados no tenían conocimiento de las infinitas sutilezas que se necesitaban para constituir en mora la deudor. Todo este sistema tan complicado (y, a veces, verdaderamente absurdo) estaba pidiendo una reforma".

Es cierto que a los tribunales, también a los españoles, les supone grandes esfuerzos aceptar que la constitución en mora del deudor ha sido correctamente realizada y que, en consecuencia, es idónea para traspasarle los riesgos al deudor, y en caso de obligaciones pecuniarias, que la suma debida devengue el interés legal o el convencional. Es cierto, también, que los tribunales tienden a una demostrada protección infundada del deudor incumplidor, perjudicando los derechos del acreedor. Es cierto que no se admite generalmente la efectividad de la constitución en mora, parece que por no agravar "aún más" la situación de quien todavía debe e igualmente es cierto que se sigue un criterio equivocado de lo que debe entenderse por justicia material y reparto de riesgos. Ahora bien, que todo ésto sea cierto y que a los tribunales les resulte difícil cambiar una doctrina tradicional de "protección a los incumplidores", no significa necesariamente que las normas recogidas por el ordenamiento no sirvan para cubrir las finalidades que se previeron que debían cubrir. Si cada norma o interpretación que se hiciera de ellas no coincidiese con las que la doctrina piensa que debe hacerse, si cada vez que los tribunales negasen autoridad a una interpretación doctrinal, hubiese que cambiar la norma evitada, seguramente todos los Códigos deberían ser reformados casi

continuamente¹. BORDA pone algunos ejemplos que, a mi juicio, a primera vista y sin haber estudiado los motivos que dieron lugar a la decisión del Tribunal para negarle efectividad a la constitución en mora realizada por el acreedor, eran jurídicamente correctos. Así, por ejemplo, cuando dice que se había expresamente pactado que el deudor se comprometía a pagar "con puntualidad", hay que afirmar que si en el contrato no se había fijado plazo alguno de cumplimiento, el deudor está obligado a pagar "con puntualidad" en el momento en el que el acreedor le requiera al cumplimiento, porque mientras nada se debe, aunque se sabe cuándo: cuando el acreedor se lo exija. Si se trataba de una obligación pura difícilmente hubieran establecido una cláusula de este

¹ Llegados a este punto, es necesario transcribir una idea que se leyó hace algún tiempo y que es lo suficientemente expresiva y descriptiva del estado actual de la discusión en torno a la necesidad o no de la institución de la mora del deudor. La idea fué puesta de manifiesto por J. PEIRANO FACIO, *Estructura de la mora en el Código civil*, n.º 7, pág. 462, "Estudios Jurídicos en Memoria de J. Irureta Goyena, Homenaje de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1955, y recogida por J. MÉLICH-ORSINI, *La mora del deudor en el Derecho venezolano, Separata del "Libro Homenaje a Roberto Goldschmidt", Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, pág. 338, nota n.º 4: "El instituto de la mora no viene impuesto en el campo de las obligaciones por razones de orden lógico, ni aun por razones de índole dogmática, sino por simples consideraciones de equidad o de conveniencia práctica. Es indudablemente posible concebir y estructurar un sistema jurídico que ni siquiera mencione la palabra "mora": sería el un régimen obligacional en el cual el solo vencimiento de los plazos, o de un modo más general, el solo hecho de incumplir sus obligaciones, acarrearía al deudor las consecuencias de su plena responsabilidad, sin que fuese necesario pasar por el umbral de la sanción jurídica en el campo obligacional que es precisamente el instituto de la mora. De donde se infiere que el instituto de la mora, en el concierto de las instituciones jurídicas pertenecientes al Derecho de las obligaciones, no es un instituto de existencia necesaria, sino de existencia contingente: a diferencia de otros institutos, como el pago, la responsabilidad, la garantía del acreedor, etc., la mora podría haber sido expulsada del campo del Derecho civil sin que la teoría de las obligaciones perdiera ni un ápice de su perfección o de su actual sentido".*

Entre nosotros, la idea de abolir el sistema de constitución en mora del deudor, en lo que al sistema de riesgos se refiere, parece que la sostiene PANTALEON PRIETO, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual, "Anuario de derecho Civil", 1993, vol. IV, pág. 1740*, cuando dice que considera que "no hay razón suficiente para conservar la regla de que el deudor moroso también responde de la pérdida o destrucción de la cosa debida ocurrida durante la mora cuando la pérdida o destrucción no es objetivamente imputable a la mora; por más que la mora haya sido condición sine qua non de la pérdida o destrucción, ya que ésta no se hubiera producido del mismo modo, en los mismos lugar y tiempo (por el mismo caso fortuito) de haber cumplido el deudor tempestivamente. Creo, por tanto, que el último párrafo del artículo 1.096 y el inciso final del artículo 1.182 del Código civil no merecen ser conservados". Mi opinión es absolutamente contraria, en este caso, a la, sin duda, más autorizada de PANTALEON PRIETO, pero lo es únicamente por la explicaciones que ofrece para la abolición del instituto jurídico y no por la abolición en sí misma considerada que se puede llegar a adoptar. Este tema, por ser de gran importancia se retomará al hablar de la *perpetuatio obligationis* en el sistema de constitución en mora español.

tipo. Es lógico que el Tribunal no apreciara en este caso un supuesto de mora automática si no se había pactado un plazo a partir del cual el deudor debía entenderse constituido en mora. Algo parecido ha de predicarse de los términos "sin demora, ni excusa" o "indefectiblemente" y "improrrogable e impostergradable", porque ellos hacen alusión a un término esencial en el que no cabe hablar de posterior constitución en mora del deudor, sino de incumplimiento definitivo. Y, por último, el ejemplo del cumplimiento en el domicilio del deudor (como es habitual, a juicio de BORDA), no es posible que el deudor incurra en mora, si es el propio acreedor quien no ha acudido a recibir la prestación (caso de las llamadas "obligaciones querables"). Si para el cumplimiento es necesaria la cooperación del acreedor y éste ha hecho imposible, a tenor de lo pactado, el cumplimiento en el lugar pactado, no podrá éste constituir en mora a su deudor si el incumplimiento le es, en cierta si no toda medida, imputable (*mora creditoris*). Cosa distinta es, y por ello se dice que a la hora de juzgar la imputabilidad del deudor en el retraso es importante medir la diligencia de deudor y acreedor en el buen desarrollo de la relación obligatoria, es que el deudor no hubiese podido evitar el incumplimiento realizando la consignación de la cosa. Si la obligación es portable o de cumplimiento en el domicilio del acreedor, parece que sí es oportuno y correcto, si así está previsto en la ley, hablar de constitución en mora automática, si vencido el plazo para el cumplimiento, éste no se ha dirigido al domicilio del acreedor a cumplir su obligación, porque a este último sólo se le exige la actitud o comportamiento pasivo consistente en recibir. Si no se encontrase en su domicilio o se negara a recibir la prestación, al deudor para evitar la constitución en mora automática siempre le cabe recurrir al pago mediante consignación.

En este trabajo no se apoya el sistema de constitución en mora automática como principio general para cualquier tipo de obligación. La consecuencia que se persigue es de tal importancia (traslado de los riesgos por los casos fortuitos, que, además, es la única causa de exoneración de responsabilidad que permiten los ordenamientos) que es necesario que se cumplan ciertas formalidades para que operen. Es conveniente, por ello, separar el sistema de riesgos del sistema de reparación de daños, ambos derivados de la responsabilidad contractual. La constitución en mora única y exclusivamente cumple su función en el sistema de riesgos. Los daños siguen el régimen que para su reparación trazan los ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, para las obligaciones a plazo no hay reparo en admitir este sistema automático de constitución en mora, siempre que las partes, o la ley en su caso, expresamente lo hayan pactado. Tampoco lo hay en admitir que existen obligaciones, que poco o nada tienen que ver con el plazo, en las que tácitamente, por los usos comerciales o por la buena fe que debe presidir toda relación jurídica, hay ya un reparto de riesgos, fundada seguramente en la aptitud del deudor para conocer el momento oportuno y el inadecuado para el cumplimiento correcto de la obligación. En este tipo de supuestos, la constitución en mora se lleva a cabo sin interpelación, porque además una interpelación en forma sería inútil para traspasarle los riesgos fortuitos al deudor por dos motivos: porque al no tener aptitudes suficientes el acreedor para conocer el momento oportuno del cumplimiento no sabría cuando el retraso es en sí mismo importante o peligroso para el negocio, y en segundo lugar, porque seguramente, en la práctica, tendrían lugar una vez acaecido el caso fortuito que ha imposibilitado el exacto cumplimiento de la obligación. Esta idea se puede aclarar con el ejemplo de los

congelados, del tejado que debe ser reparado o del carnicero que ya se expusieron más arriba. Si yo arriendo los servicios de un albañil para que me repare el tejado, porque está gravemente deteriorado, visitando éste mi casa para tomar nota de las reparaciones necesarias, parece lógico que si tarda en cumplir el encargo y el tejado se cae, porque un ladrón que intentaba robar en el edificio escaló por él (caso fortuito), aunque no habíamos pactado un plazo para la reparación, el albañil debe correr con los riesgos puesto que es el único que conocía, por su oficio, cómo en el que debía cumplir el encargo. No es necesario que yo le interpele para constituirle en mora. Deberá arreglarme el tejado e indemnizarme por los daños que yo pruebe que su retraso me haya causado.

Pues bien, el Código civil argentino, como el paraguayo, actualmente distingue entre las obligaciones a plazo, aquellas que tienen plazo fijo o determinado (30 de agosto, el día del Pilar), que son las que no necesitan de la interpelación para la constitución en mora del deudor. Aquellas obligaciones que tienen un plazo tácito que se puede deducir de la naturaleza y circunstancias de la obligación, que sí necesitan de la previa interpelación para que la constitución en mora sea eficaz (al contrario de lo que sucede en el ordenamiento español), como por ejemplo, aquellas en las que se usan expresiones como "tan pronto estén despachados los certificados respectivos", "tan pronto sea posible". Y las obligaciones con plazo indeterminado en las que la fijación del momento de cumplimiento se deja directamente al arbitrio del juez.

En las llamadas "obligaciones sujetas a plazo tácito", se justifica, -a juicio de BORDA-, que se siga un sistema distinto. *"El plazo tácito, -dice el autor-, es*

generalmente impreciso. Frecuentemente es una cuestión de apreciación decidir si está vencido y cuándo venció. En esas circunstancias no se justificaría la mora automática: la interpelación deviene razonable porque clarifica la situación de las partes y porque sin ella bien podría pensar el deudor que el acreedor considera que todavía no ha transcurrido el plazo". No deja de ser curioso que, se defienda la automaticidad de la mora en las obligaciones a plazo fijo, lo hayan o no acordado las partes (sin conocer tampoco el sentido que le han otorgado al plazo) y que en aquellas en las que se puede deducir de la propia naturaleza y circunstancias que se tuvieron en cuenta para celebrar el contrato, se niegue tal automaticidad en consideración a lo que el deudor podría pensar. Además, argumenta BORDA que la distinción entre plazo tácito ("que puede ser muy impreciso") y plazo indeterminado ha quedado definitivamente trazada, gracias al trabajo de DE ABELLEYRA¹: "Aunque la obligación no contenga plazo, éste será tácito y no indeterminado, cuando la interpretación de la voluntad de las partes conduzca a la conclusión de que ellas no se propusieron deferir la fijación del plazo a la decisión del juez², sino que estimaron que la obligación debía cumplirse dentro de un plazo razonable³. Cuando el caso se lleva a los tribunales, lo que el juez debe decidir no es la fijación del plazo, sino si el plazo se ha cumplido o no y cuándo se ha cumplido. Por ello, cuando hay plazo tácito y el actor considera que él ya ha cumplido,

¹ Vid., BORDA, *Tratado de Derecho Civil, op.cit.*, pág. 73.

² Sería conveniente poder analizar las sentencias de la Corte Suprema de Argentina, posteriores a la reforma del artículo 509, porque, sin duda, debe haber una gran cantidad de ellas dedicadas únicamente a fijar el momento en que deben cumplirse las obligaciones convencionalmente contraídas. A mi juicio, además, de potenciar y fomentar la litigiosidad, con el coste económico que ello supone, se limita bastante el principio de la autonomía de la voluntad y la capacidad de las partes contratantes para regular sus propios intereses.

³ El uso de términos como "plazo razonable", "plazo adecuado" y similares, en mi opinión, sólo pueden dar lugar a aumentar la litigiosidad, porque está claro que lo que para un contratante es razonable, para el otro difícilmente lo es.

*debe demandar lisa y llanamente el cumplimiento del contrato (y los daños y perjuicios), previa constitución en mora del deudor*¹. Pero, incoherentemente desde mi punto de vista, BORDA² admite que cuando la obligación es de tal naturaleza que sólo el deudor, y no el acreedor, está en condiciones de saber cuándo debe hacerse efectivo el cumplimiento, aunque no se haya estipulado un plazo determinado para la ejecución de la obligación, se debe presumir que se trata de un *plazo tácito* que no necesita (excepción) interpelación para haber constituido en mora al deudor

La situación jurídica de las obligaciones con plazo indeterminado que son aquellas, según el artículo 509.3º, en las que no hay plazo (que en nuestro ordenamiento se denominan "obligaciones puras" que son exigibles inmediatamente) es todavía más compleja. *"El juez a pedido de parte lo fijará e procedimiento sumario a no ser que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación"*. Es más conflictiva esta norma, no sólo por la litigiosidad que fomenta, sino porque no se acaba de entender cómo se puede ejercitar conjuntamente la acción de fijación de un plazo para el cumplimiento y la de cumplimiento, puesto que hasta ahora se creía que la acción de cumplimiento derivaba necesariamente del incumplimiento. BORDA³, en este sentido, sólo pone de manifiesto la importancia de la reforma haber expresamente establecido el procedimiento sumario

¹ Con esta idea, DE ABELLEYRA parece negar la posibilidad de que la demanda equivalga a la interpelación.

² *vid.*, BORDA, *Tratado de Derecho civil, op.cit.*, pág.83.

³ *Vid.*, BORDA, *Tratado de Derecho civil, op.cit.*, pág.75.

(se discutía en la doctrina si debía ser en juicio ordinario) y alaba la acumulación de acciones porque con ello se evita un doble pleito innecesario. Son dos, en este punto, los comentarios obligatorios: en primer lugar, si la acumulación es una facultad del acreedor, no necesariamente se evita el doble pleito. Y, en segundo lugar, si se lleva a cabo tal acumulación, ya criticada, se deberá llevar por juicio ordinario y no sumario, porque la acción de cumplimiento sigue este régimen procedimental y, en consecuencia (como advierte al final el propio BORDA), es posible que el acreedor tenga interés en seguir primero la vía sumaria para situar en mora al deudor, posteriormente, reclamar el cumplimiento.

Para finalizar este análisis, es conveniente hacer una breve referencia al sistema de constitución en mora trazado por el legislador argentino para las obligaciones pecuniarias. El Gobierno argentino llevó a cabo en 1985 una reforma monetaria que, además de cambiar el nombre a la moneda argentina (peso argentino por austral), reformó el régimen de las deudas dinerarias. La Exposición de Motivos de este decreto 1096/85, declara que *"la reducción de la inflación constituirá un hecho imprevisto, imposible de haberse contemplado al momento en que se dispusieron o convinieron las obligaciones de dar sumas de dinero vigentes a la fecha presente"*, lo que ya sienta un precedente importante sobre la cualidad de imposibilidad sobrevenida no imputable que pueden llegar a tener las alteraciones monetarias. En todo lo demás sigue el mismo régimen trazado por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que establecen una tasa forfetariamente del interés legal del dinero (que supone una novedad para el derecho argentino), que se debe aplicar a falta de convenio expreso de las partes contratantes. Ello

no significa a juicio de los autores¹ que no pueda haber lugar a la indemnización de otro tipo de daños o a intereses compensatorios.

¹ *Vid.*, entre otros, BIEDMA SCHADEWALDT, *Mora automática*, *op.cit.*, pág.110.

SEGUNDA PARTE

**EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS
OBLIGACIONES Y LA CONSTITUCIÓN EN MORA
DEL DEUDOR EN LA TEORÍA GENERAL DE LAS
OBLIGACIONES.**

CAPITULO TERCERO:

EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Parece un tema manido el que se pretende afrontar en este epígrafe: la relevancia o no del "simple" retraso en el cumplimiento, en nuestro Derecho de obligaciones. Manido es, porque son innumerables ya los autores que han intentado poner fin a una discusión que se viene desarrollando en la doctrina desde hace ya muchos años¹. Sin

¹ Entre nuestros autores, este tema fué estudiado hace ya veinticinco años, por DIEZ-PICAZO, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos de los contratos sinalágmaticos*, "Anuario de Derecho Civil", 1969, pág.383. Decía DIEZ-PICAZO entonces que la escisión tajante entre "verdadero y propio incumplimiento" y "mero retraso" exige que los dos términos de la disyuntiva se delimiten y se maten con algún cuidado. Y se preguntaba: ¿Cuándo hay "incumplimiento" y cuándo hay "retraso"? La respuesta tampoco es clara, -respondía-.

CASTAN, *Derecho Civil español, tomo III: Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 15ª ed. revisada y puesta al día por G.García Cantero, Madrid, 1988, pág.209, también citado por Díez-Picazo, *op.cit.*, pág.385 decía que: "hay que distinguir aquellas causas de incumplimiento de la obligación que afectan a la esencia de ésta, haciendo imposible su realización, y aquellas otras que, sin afectar fundamentalmente al vínculo ni imposibilitar la prestación, suponen una defectuosidad o mal cumplimiento de lo convenido. En el primer caso se habla de incumplimiento propio o absoluto. En el segundo caso, de incumplimiento impropio o relativo: su hipótesis más importante es la del incumplimiento con relación al tiempo, que determina el concepto de mora. El incumplimiento propiamente dicho puede depender de causas independientes de la voluntad del deudor (caso fortuito o fuerza mayor) o de causas voluntarias. Y estas últimas pueden tener una doble significación, según lleven consigo plena voluntad y conciencia (dolo) o mera negligencia (culpa).

El incumplimiento (propio o impropio) dependiente de la voluntad del deudor, sujetá a éste a las consecuencias y a la responsabilidad derivadas de aquél. Por el contrario, el incumplimiento dependiente de circunstancias ajenas a su voluntad no lleva consigo responsabilidad. Nuestro Código civil recoge esta clásica doctrina en el artículo 1.101, al sujetar a la indemnización de daños y perjuicios a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y al excluir de aquélla en el artículo 1.105 a los que incumplen por caso fortuito". Tras realizar esta clasificación, pasa por alto la cuestión aquí debatida: la relevancia del simple retraso en la teoría general del Derecho de obligaciones.

DELGADO ECHEVARRIA en "LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, tomo II: Derecho de obligaciones*, vol.1ª: Parte general. Delito y cuasidelito, 2ª ed., Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1985, pág.245" estima que "El simple retraso en el cumplimiento de la obligación, sin concurrir los requisitos de la mora, no produce ninguna consecuencia jurídica: el deudor sigue obligado a cumplir (salvo prescripción),

mas ni responde del caso fortuito, ni ha de indemnizar daños. Algunos autores han tratado de configurar una situación de retraso relevante sin los requisitos de la mora, retraso culpable que constituiría "contravención al tenor de la obligación", o bien simple "morosidad" como fundamento suficiente de la indemnización de daños y perjuicios. Con ello se trata de dar una solución más equitativa y adecuada a la realidad social y económica en supuestos en que el retraso no ha ido acompañado de reclamación del acreedor y, sobre todo, en las deudas de dinero, cuando la mora no tiene lugar por falta del requisito de la liquidez, en su rígida interpretación jurisprudencial. Pero parece más adecuado al sistema de nuestro Código reinterpretar los aludidos requisitos, haciendo recaer los supuestos en cuestión en el campo de la mora en sentido propio".

CANO MARTINEZ DE VELASCO, *La mora*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, escribía en este año 1978 que "El retardo por sí solo (sin culpabilidad del que se retrasa, sin ofrecimiento o intimación) tiene poca significación jurídica y no crea una situación de mora. El deudor por virtud de aquél infringe su deber jurídico, pero no surge la mora. En cambio, el simple retraso, sin necesidad de puesta en mora, llegará a producir un importante efecto, el de la opción para la resolución del contrato a favor del acreedor cuando se pactó un plazo esencial o cuando, sin existir cláusula en este sentido, la esencialidad del término se puso de manifiesto en el hecho de que tras él resultaba absurda o inútil la prestación". También lleva a cabo una diferencia, a mi juicio equivocada, entre mora e incumplimiento. Explica CANO que "Tanto la mora como el incumplimiento parten del hecho objetivo del retraso en la satisfacción de la prestación debida; en ambos ese retraso que el cumplimiento sufre puede ser doloso y debe ser, al menos, culpable para poder ser objeto de indemnización; coincidencias que hacen difícil la distinción entre uno y otro concepto. Para llegar a conocerla será preciso investigar, fundamentalmente, los efectos nocivos que se producen o se producirían como consecuencia de la mora, por una parte, y del incumplimiento culposos, por otra. Tal perspectiva supone la indagación de la disfunción que estas instituciones representan en el que sería, si éstas no aparecieran, el normal cumplimiento de las obligaciones. De lo cual debe deducirse que la mora y el incumplimiento poseen idéntico origen y que se constituirán, a lo largo del tiempo en que la prestación deba o pueda ejecutarse, como una u otro, según sea la circunstancia que concorra. Tales aseveraciones quedan confirmadas si se piensa en el hecho, obvio por otra parte, de que la mora pueda transformarse en incumplimiento". Pero, al final de la distinción explica que "el retraso es, a la vez, un elemento de la mora y del incumplimiento. Sin embargo, para que ésta o éste se produzcan es necesario algo más que el simple retraso. Se piensa entonces en la adición de un elemento subjetivo: en la mora la cualificación de la culpabilidad del deudor mediante interpelación o del acreedor (en la mora "accipiendi") mediante ofrecimiento de la prestación; en el incumplimiento la inutilidad para el acreedor de la prestación tardía. Los que, vistos desde su aspecto objetivo, supondrán afianzar, en cambio, la idea de la interpelación o el ofrecimiento mismos en la mora y la de imposibilidad del cumplimiento en éste. De estas frases, -finaliza este autor-, debe inducirse que el incumplimiento es un retraso cualificado; cualificación que no puede ni debe entenderse que sea la misma que la exigida para la mora (tipificación de la culpa, mediante el mecanismo de la intimación) sino otra diferente (inutilidad de la prestación; imposibilidad de cumplimiento tardío). Para apoyar su tesis de la necesidad de diferenciar el incumplimiento del retraso, CANO anota una sentencia del la Casación civil italiana de 31 de diciembre de 1953, n.º 3872 ("Foro Italiano", 1954, pág. 785) en la que se dice que "retraso e incumplimiento no son hipótesis idénticas o equivalentes, ya que el retraso es una hipótesis distinta y menos grave que el incumplimiento, y en general, salvo que se trate de término esencial, no siempre conlleva verdadero y propio incumplimiento en sentido técnico. En general, una cosa es no realizar una obra en el plazo convenido o no entregar una cosa, y otra no realizarla o no entregarla jamás. Este último hecho que es el verdadero y propio incumplimiento, desde luego absorbe y comprende el retraso. El incumplimiento de por sí produce un daño mayor de aquél acarreado por el simple retraso". En mi opinión, y por ello se le dedica un epígrafe al problema, es necesario no equivocar conceptos jurídicos. El hecho de que el retraso provoque, o pueda provocar, daños de una entidad menor que el incumplimiento definitivo de la obligación, no significa, o no debería significar, el restarle importancia desde el punto de vista jurídico. El retraso y eso se defiende en este estudio, es un modo de incumplimiento que hace referencia al tiempo en el cumplimiento de la obligación. Las consecuencias jurídicas que origina y los medios de defensa que se le ofrecen al acreedor que lo sufre son dos cuestiones que aún deben ser resueltas por nuestra doctrina. Pero, por el hecho de que aún pueda objetivamente prestarse, no ha de significar automáticamente que el acreedor esté obligado a pedir el cumplimiento, ni que la indemnización de los daños que el retraso le haya causado tenga que ser menor, puesto que, en principio, depende de la prueba que aporte el acreedor que desea ser indemnizado.

embargo, es conveniente, si se quiere ofrecer un panorama correcto del estado en que se encuentra hoy en día la figura de la constitución en mora del deudor, no eludir tan espinoso tema.

Todos los autores están de acuerdo en afirmar que "mora" y "retraso" no son términos que necesariamente han de coincidir. No son sinónimos. Retraso hay si llegado el momento del cumplimiento (llegado el vencimiento de la obligación), el deudor no ha cumplido lo pactado y para cumplir exacta y correctamente la prestación, a la que libre y voluntariamente se ha obligado, no es preciso otorgarle un plazo de tiempo superior al previsto y pactado en el momento de la constitución de la obligación. Por el contrario, en situación de mora se encuentra aquel deudor incumplidor al que le ha sido exigido el cumplimiento, salvo que la ley o las partes hayan prescindido de tal requisito expresa o tácitamente. Pero, el significado o fundamento de realizar tal interpelación o no hacerlo, es sola y exclusivamente uno: trasladarle al deudor todos los riesgos fortuitos que puedan afectar a la tardía ejecución de la prestación (la llamada

Por último, hay que citar a GRAMUNT FOMBUENA, porque es la última autora que se ha ocupado en nuestra doctrina del tema de la mora del deudor, *La mora del deudor*, Ed. Jose Maria Bosch, Barcelona, 1993. Para esta civilista el retraso que no va precedido de constitución en mora no puede producir efectos jurídicos. Alega varios motivos para apoyar esta afirmación. En primer lugar, dice que no hay que olvidar que junto a la mora interpelatoria, el art. 1.100 C.c., recoge dos supuestos en que la mora surge automáticamente por voluntad de los particulares, ya sea esta expresa o bien tácita. Por lo tanto, -deduce GRAMUNT-, si el acreedor tiene tan gran interés en recibir la prestación en un momento concreto, puede cubrirse *a priori*, pactando la mora automática. En segundo lugar, si el tiempo tiene carácter esencial, queda excluido el ámbito de la mora para entrar de lleno en el concepto de contravención (art. 1.101 C.c.), esto es, de incumplimiento definitivo. Y, finalmente, dado que el C.c. opta por un sistema objetivo o meramente lógico de distribución de riesgos, no sería lógico que sin existir constitución en mora hubiera de soportarlo el deudor. En mi opinión, el único argumento favorable para la negación de efectos jurídicos al simple retraso es este último. En un sistema objetivo de distribución de riesgos, no es lógico, si el principio general establecido en el ordenamiento para su traslado al deudor es la constitución en mora, que se haga una excepción. Pero el resto de los argumentos, argüidos tradicionalmente en contra de la eficacia del retraso en el cumplimiento de las obligaciones, hacen referencia al sistema de daños y no al de riesgos. Y es por ello, por lo que en este trabajo se discrepa de la opinión mayoritaria de la doctrina. El simple retraso en el ámbito de la indemnización de daños y perjuicios, en el de la acción de cumplimiento y en la resolución contractual posee una entidad jurídica suficiente como para ejercitar todas estas medidas de protección del derecho de crédito.

"perpetuatio obligationis"). Y ésto tiene sentido, si se tiene en cuenta que al acreedor, que no está obligado a admitir un cumplimiento posterior o tardío, ya que puede desistir del contrato, se le otorga una medida para la protección de sus intereses.

Se debe estudiar si es posible, con el Código civil en la mano, otorgar relevancia jurídica al retraso en el cumplimiento y qué consecuencias jurídicas se derivan de él. Para hacerlo, como se ha dicho en la introducción, es necesario tener en cuenta, no sólo los antecedentes históricos y legislativos del instituto de la constitución en mora del deudor, sino lo que, a mi juicio, es más importante, la realidad social y económica en que ha de ser aplicado. Se deben analizar las ventajas y los inconvenientes de admitir que el retraso en el cumplimiento de la obligación tiene relevancia para la relación obligatoria, o lo que, en definitiva, es lo mismo, si tiene relevancia para el Derecho. Pero antes de dar este paso es necesario saber qué tipo de contravención es el retraso y si es susceptible de generar consecuencias jurídicas por sí mismo.

I.- DELIMITACION DEL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO EN LA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.

No existe en nuestro Código Civil norma expresa que defina lo que se debe entender por incumplimiento obligacional. Las reglas contenidas en el capítulo II, del título I, del Libro IV, bajo la rúbrica *"De la naturaleza y efecto de las obligaciones"*,

prevén el hecho del incumplimiento de la obligación, indican los criterios de imputabilidad de la responsabilidad que de él se deriva y establecen sus efectos, de entre los cuales se debe destacar, en primer plano, la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, no dan una definición expresa de incumplimiento obligacional. Es necesario, por lo tanto, realizar un examen global de todas estas normas para configurar un concepto de incumplimiento que abarque, de un modo general, todos los supuestos de contravención de la obligación. La tarea de llevar a cabo esta definición puede facilitarse si se dejan, desde el principio, bien sentadas las bases de lo que se debe entender por cumplimiento. Algo, por otro lado, necesario puesto que, con frecuencia, se puede observar que tanto la jurisprudencia, como parte de la doctrina tienden a estimar como cumplimiento supuestos más que dudosos.

El hacer, antes de nada, una brevísima alusión a las fuentes, puede revelar algún dato que sea de utilidad acerca de lo que se debe entender por cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones¹.

En el Derecho romano clásico, como se estudió más arriba, el cumplimiento no era el modo normal de extinguir la relación obligatoria. La obligación consistía en el vínculo efectivo o potencial entre una persona (obligado) en relación a otra (acreedor). El obligado se vinculaba jurídicamente al acreedor para asegurarle o garantizarle un cierto bien al que tenía derecho. Pero, el hecho de ser el sujeto obligado en la relación

¹ Vid. G. BRANCA, voz *Adempimento (Diritto romano e intermedio)*, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. I, Giuffrè editore, Milano 1958, p. 548 y ss.; M. SARGENTI, voz *Pagamento (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXI, Giuffrè editore, Milano, 1981, pp.532 y ss; G.E. LONGO, voz *Pagamento (Diritto romano)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, ed. UTET, 1957, pp. 314 y ss.; A. MASI, voz *Inadempimento (Storia)*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XX, Giuffrè editore, Milano, 1970, pp. 858 y ss.;

jurídica, no significaba necesariamente que fuera él quien debía realizar la prestación, sino que era el que respondería ante el acreedor en caso de que no fuera realizada. Por lo tanto, cabía que la prestación fuese ejecutada por un sujeto distinto al obligado, aunque el cumplimiento de la obligación, realizado de este modo, no producía automáticamente la extinción del vínculo entre acreedor y obligado. La única manera, originariamente, de disolverlo (*solvere*) era la realización por el acreedor de un acto formal de disolución (*solutio per aes et libram*¹). Con el término "*solutio*" los juristas romanos indicaban el hecho de la extinción de la obligación, pero no el modo de extinguirla. Poco a poco, esta visión tan rígida de la *solutio* como único modo de extinción del vínculo obligacional se vió corregida por la admisión de la llamada *acceptilatio* que, a pesar de continuar con el formalismo característico de esta época, fué introducida como otra forma más de disolución.

En época republicana el cumplimiento, es decir el acto de realización de la prestación por el obligado o un tercero, con la plena satisfacción del acreedor, se considera ya el modo común de extinguir (*solvere*) la relación jurídica². Los términos *adimpleo* e *impleo* aparecerán en época justiniana³ y, además, el cumplimiento, por sí

¹ D. 43, 3, 80; D. 50, 17, 153; D. 42, 1, 4, 7; D. 46, 3, 54; D. 50, 16, 47; D. 50, 16, 176; D. 46, 3, 52. En estos pasajes se observa como las fuentes romanas aluden con la expresión *solutio* y *solvere* a la extinción de la obligación sin referencia alguna al modo en que se verifica. Si el acto constitutivo del vínculo se llevaba a cabo solemnemente mediante la *stipulatio*, era lógico que se disolviese con otro que también lo fuera.

² D. 46, 3, 80; Gayo. III, 168;

³ *Vid.*, D. 50, 16, 176; D. 42, 1, 4, 7; D. 46, 3, 54; D. 50, 16, 176.

Massi, *op. cit.*, p. 858, contrariamente opina que estas expresiones son desconocidas en la terminología de los juristas romanos. Cuando aparecen en las fuentes hacen referencia a cuestiones que no entran en el ámbito de la ejecución de la relación obligatoria y que el uso de expresiones como *exceptio non adimpleti contractus* no aparecen hasta el siglo XVI.

solo, se convertirá en un acto unilateral para el que no es necesaria la colaboración del acreedor. Ya en el siglo XII, se sustituirá la expresión *solutio* (que ya indica cumplimiento) por "pago" (del verbo *pacare*).

Pues bien, los ordenamientos jurídicos actuales han heredado del Derecho romano los términos "cumplimiento" y "pago" para referirse a modos de extinción (*solutio*) de la relación obligatoria. Así, el artículo 1.156 de nuestro Código civil equipara el pago al cumplimiento como primer modo de extinción de las obligaciones. En otros códigos como el argentino, se sustituye la expresión "cumplimiento" y se habla sólo de pago (art.724 y ss.), en el Código civil italiano de 1942 se usan indiferentemente las dos expresiones: pago (*pagamento*)y cumplimiento (*adempimento*)(art. 1.176, 1.187). Pero, en puridad, la expresión "pago" no es sinónimo de cumplimiento, a pesar de que en la mayoría de los ordenamientos se utilizan indistintamente para referirse a un fenómeno de la disolución del vínculo obligacional. Cumplimiento y extinción de la obligación son dos fenómenos distintos. Para que el cumplimiento despliegue su plena eficacia solutoria y satisfactoria, como detalladamente explica DIEZ-PICAZO¹, debe concurrir una serie de requisitos, que se refieren a los sujetos que lo realizan, al objeto y a las circunstancias de tiempo y lugar que lo supeditan. En concreto, —dice el autor—, las exigencias son las siguientes:

1ª.— Desde el punto de vista de los sujetos, la regularidad del cumplimiento presupone capacidad y legitimación en la persona que lleva a cabo el acto y en la

¹ Vid., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.478.

persona que recibe las prestaciones que se ejecutan.

2ª.- Desde el punto de vista del objeto, son requisitos de regularidad del cumplimiento la identidad y la integridad de la prestación y su adecuación con el programa.

3ª.- Desde el punto de vista de las circunstancias, es necesario que el cumplimiento se realice en el tiempo y en el lugar que sean exactos, de acuerdo con el negocio jurídico constitutivo de la relación obligatoria o, por lo menos, adecuado para obtener la satisfacción del interés del acreedor.

Tal como dice el artículo 1.088 del Código civil, *"toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa"*. El cumplimiento de la obligación, por tanto, consistirá, en líneas muy generales, en dar, hacer o no hacer la cosa a la que uno se ha comprometido. Por ejemplo, tratándose de obligaciones de dar cosa determinada, se puede decir que se cumple realizando la entrega de la cosa debida con sus frutos y accesorios. Tratándose de obligaciones de dar pecuniarias (genéricas), pagando la suma de dinero adeudada y los intereses si se han pactado. El término pago, como se observa, en principio debe ser referido únicamente a las deudas de dinero. Ahora bien, el hecho de haberse generalizado el uso de esta expresión (ya que las obligaciones pecuniarias son las más frecuentes en el tráfico jurídico actual) no debe hacer pensar que siempre que el legislador utiliza la expresión "pago" se refiere exclusivamente a las obligaciones pecuniarias y tampoco que pago es sinónimo de cumplimiento. Mucho menos se debe confundir el cumplimiento como forma de extinción de las obligaciones (art.1.156 C.c.)

con la extinción en sí misma.

Cumplir la obligación, es sinónimo de realizar exacta y totalmente la prestación debida¹. Para que el cumplimiento (como modo de extinción) libere al deudor de su obligación es preciso, como ya se ha dicho, que éste sea exacto, es decir, que se ajuste de forma absoluta al programa prestacional pactado y que satisfaga el interés del acreedor. En caso de que la prestación llevada a cabo por del deudor o un tercero no se adecúe a las previsiones establecidas por las partes, el obligado no habrá cumplido² y, en consecuencia, no se verá liberado de su obligación mediante el "cumplimiento". Por otro lado, se debe tener en cuenta que el Código civil ordena al deudor un particular deber de diligencia (v.gr., artículo 1.094 que concreta el grado de diligencia prestable) y sanciona la negligencia. Para que exista cumplimiento, como medio de extinción de la obligación y de liberación del deudor, es necesaria la plena satisfacción del derecho de crédito del acreedor y, por este motivo, cuando se contempla la figura del pago como modo de extinción de las obligaciones, es importante tener siempre presente la posibilidad admitida jurídicamente del pago por tercero, de la ejecución forzosa y del

¹ Decía GARCIA GOYENA, *Concordancias...*, op.cit pág. 587, que para que el pago sea justo y extinga la obligación, se ha de pagar "simul et semel" todo lo que se debe.

² Un concepto claro y sistemático de lo que se debe entender por pago y cumplimiento es el que ofrecen DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho civil*, vol.II, ed. Tecnos, Madrid 1986, p. 236, "Por pago entendemos, en un sentido general, el acto de realización de la prestación debida en virtud de una relación obligatoria. El pago es, en primer lugar, un acto de cumplimiento del deber jurídico o deuda que pesa sobre el deudor. El pago es, en segundo lugar, la manera normal que el deudor tiene de liberarse de la obligación (solutio). El pago es, finalmente, la forma de satisfacer el interés del acreedor.

Es pago toda realización de la prestación debida (entrega de suma de dinero, de cosas específicas, realización de servicios o adopción de simples omisiones). En términos generales, el pago es un comportamiento del deudor que se ajusta al programa o proyecto de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria".

pago por consignación¹.

Tradicionalmente, la idea de incumplimiento se ha identificado con un comportamiento culpable del deudor. Son numerosas las tesis construídas otorgando una prioridad absoluta al aspecto subjetivo del incumplimiento². Sin embargo, por incumplimiento también puede (y, en mi opinión, debe) entenderse simplemente la situación jurídica objetiva de falta de satisfacción del interés del acreedor, prescindiendo de cualquier valoración del comportamiento del deudor. Son las dos caras de una misma

¹ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, op.cit., pág. 472, define así el concepto de cumplimiento, pero advierte que hace referencia únicamente a lo que puede llamarse "acto-final" del deudor y la prestación que de manera principal constituye el objeto de la relación obligatoria. Sin embargo, ésta última, comprende además una serie de deberes instrumentales o accesorios, que deben ser también puestos en juego por el deudor y que han de ser tenidos en cuenta no solamente para definir la diligencia que el deudor debe prestar en el cumplimiento, sino también para determinar si este último es o no exacto.

² PINTO RUIZ, *Incumplimiento de las obligaciones civiles*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, ed. Seix Barral, Barcelona, 1965, p. 184 y ss., define el incumplimiento contractual de la siguiente manera: "Cuando por el contrario la prestación no es ejecutada a su vencimiento, naturalmente no existe cumplimiento, no existe pago; estamos, pues ante una simple situación de falta de cumplimiento, que llegará a constituir técnicamente "incumplimiento" si tal situación objetiva es debida a "culpabilidad" del deudor.

En seguida advertiremos con claridad que el *incumplimiento en sentido técnico* se halla integrado por dos elementos fundamentales: a) uno de ellos, objetivo, consistente en la inadecuación de la conducta del deudor con el contenido de la prestación; b) el otro, subjetivo, consistente en la existencia de culpabilidad en el deudor.

Pero sería desconocer la realidad prescindir de las situaciones de falta de cumplimiento o incumplimiento no culpable, pues éstas, más que ser desconocidas por el Derecho, en realidad tienen su influencia en el mundo jurídico y producen efectos específicos.

Así, mientras el incumplimiento culpable genera el derecho en el acreedor a exigir el cumplimiento forzoso de la obligación (o su sustitutivo: el *id quod interest*), más la indemnización de daños y perjuicios, el incumplimiento no culpable provoca la extinción de la obligación; naturalmente, ha de tratarse de una imposibilidad no culpable *sobrevenida*, puesto que si tal imposibilidad es *anterior* al aparente nacimiento de la obligación, esta imposibilidad provoca por sí misma la nulidad de la obligación, que no puede existir ni alumbrar a la vida del Derecho sin que tenga por objeto una prestación lícita y posible.

Así pues, aunque tradicionalmente la voz "incumplimiento" lleve en sí la idea de *incumplimiento culpable* y aunque ordinariamente se entiende que el incumplimiento al cual se conectan efectos jurídicos es precisamente el culpable, como quiera que ni es posible desconocer la existencia, no sólo teórica, sino real, de incumplimientos no culpables, ni tampoco es posible ignorar los efectos que estos últimos producen, vamos a dividir el presente estudio en dos grandes apartados: A) Incumplimiento culpable; y B) Incumplimiento no culpable. Al fin y al cabo, ambas situaciones A) y B) tienen de común la situación objetiva de falta de cumplimiento."

realidad jurídica¹. Si se observa el incumplimiento desde la perspectiva del deudor, habrá de comprobarse en qué medida éste ha observado o infringido su deber jurídico. Sin embargo, si se pone el punto de mira en el interés del acreedor, hay que comprobar si su derecho de crédito se ha visto íntegramente satisfecho, puesto que de lo contrario habrá sido lesionado. Esta distinción fue introducida en nuestro Derecho por DIEZ-PICAZO², influido por la doctrina alemana.

El artículo 1.101 del Código Civil establece que *"quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas"*. El precepto es muy confuso, como tantas veces han puesto de manifiesto nuestros autores, y da lugar a numerosas interpretaciones. De los antecedentes próximos de la norma se deduce que hace alusión a cuatro fenómenos

¹ En realidad no le falta razón a R. NICOLÒ, op.cit., p. 554, cuando niega este paralelismo. Según este autor, *"la obligación del deudor y el derecho del acreedor no constituyen las dos caras perfectamente equivalentes de la moneda... no existe una congruencia perfecta respecto al contenido y al objeto, como se demuestra en la posibilidad, por un lado, de una mera realización del derecho sin extinción de la obligación, y por otro, de una mera extinción de la obligación sin realización del derecho. En otros términos, entre realización del derecho de crédito y ejecución de la prestación no existe una absoluta conexión recíproca, porque para que ésto ocurra, es necesario que en el momento de verificarse una de las dos situaciones se verifique la otra: instituciones como el cumplimiento de tercero o el pago al acreedor aparente son la prueba plausible."*

² Vid., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág.567.: *"En la idea de incumplimiento penetran varios ingredientes o componentes que de algún modo la complican y hacen que pueda poseer diferentes cargas de sentido. Ante todo, el fenómeno es diferente si se contempla desde la perspectiva del deudor, y el deber jurídico que sobre él pesa, o desde la perspectiva del derecho y del interés del acreedor. Desde el primero de los puntos de vista esbozados, habrá de preguntarse en qué medida ha observado o infringido el deudor el deber jurídico que le incumbe, mientras que desde el segundo punto de vista la pregunta debe dirigirse a investigar en qué medida ha recibido satisfacción o ha sido vulnerado el derecho o interés del acreedor a cuyo logro la relación obligatoria se encontraba enderezada. El problema que plantea la utilización de la idea de "incumplimiento" es que bascula en gran medida sobre la primera de las perspectivas citadas, dejando en la sombra la segunda. Las cosas se complican todavía más si en la idea de incumplimiento se engloba una determinada valoración del comportamiento del deudor, pues resulta muy difícil adoptar una idea neutral y objetiva de incumplimiento que prescindiera de tal valoración."*

distintivos de contravención, dos de tipo objetivo (morosidad y cualquier tipo de contravención) y dos de tipo subjetivo, que se refieren a la conducta del deudor en el cumplimiento (el dolo y la culpa). GARCIA GOYENA, como ya se vio más arriba, sólo comentaba de él que *"todos los Códigos es tán de acuerdo sobre este artículo: el dolo o negligencia no deben perjudicar sino a su autor y que lo dos últimos números (morosidad y contravención) envolvían por lo menos la culpa"*. Sin embargo, aunque es cierto que todos los Códigos de la época poseen un precepto similar, no parece, con su sola lectura y a tenor de las interpretaciones que se han hecho, que digan lo mismo. Se sabe que esta norma se recoge del artículo 1.238 del Código Civil francés, que condena al deudor al pago de los daños y perjuicios, ya sea en razón del incumplimiento de la obligación, ya del retraso, cuantas veces no justifique que el incumplimiento proviene de una causa ajena, que no puede serle imputada, aunque no haya habido mala fe por su parte. Como se dijo, el precepto tiene, si se quiere hacer, una lectura absolutamente objetiva, puesto que condena cualquier tipo de incumplimiento (definitivo o moroso), sin necesidad de emplear el criterio de la conducta del deudor y, además, hace recaer en el deudor la carga de la prueba. Dado que, por otro lado, dispone que el único contenido que puede tener la prueba es la demostración del acaecimiento de un caso fortuito que le ha imposibilitado objetivamente el cumplimiento exacto de su obligación, se puede construir sin dificultad la teoría objetiva que en este estudio se viene defendiendo.

Si, efectivamente, nuestro artículo 1.101 se toma del francés y de sus precedentes, se ha de afirmar que contempla un sistema de responsabilidad por daños absolutamente objetivo, lo cual no significa negarle relevancia a los motivos subjetivos,

que naturalmente se acogen, sino más bien admitir la eficacia de los meramientos objetivos. Es decir, que para que la contravención dé lugar a la obligación de resarcir los daños que haya causado, únicamente es necesario que el acreedor que los reclame pruebe la existencia de la obligación y el nexo de causalidad entre su incumplimiento y los daños que alega haber sufrido. Sí, además, demuestra que el deudor actuó con dolo, responderá de todos los que conocidamente se deriven de su falta de cumplimiento. Hay que admitir que, se le quiera denominar en general incumplimiento culposo (con el fin de contraponerlo al doloso) o se quiera ser más estrictos en la terminología utilizada y dividirlos en culposos-negligentes y objetivos, lo cierto es que en nuestro ordenamiento sólo se contemplan de manera diferenciada las contravenciones dolosas y las no dolosas, las de mala fe y las que no lo son. En este punto se debe recordar que en el Proyecto de 1851 se establecía un criterio general de determinación del daño para aquellos supuestos de contravención "*a secas*", en cuyo caso se indemnizaban los que fueran "*consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento*", y aquellos otros en los que el incumplimiento hubiera sido doloso, en cuyo caso se extendía la indemnización "*a los que hubieran sido conocidamente ocasionados por él*". Lo mismo ocurre en el actual artículo 1.107 del Código Civil, como opina acertadamente la mayor parte de la doctrina.

La situación de incumplimiento, por regla general, se identifica con una falta de actividad o lo que es lo mismo con una omisión. Sin embargo, el incumplimiento consistirá, sin duda alguna, en una actividad positiva en el caso de obligaciones de no hacer o, incluso, cuando siendo positivas se esté en presencia de prestaciones inexactas o defectuosas que no han satisfecho íntegramente el interés del acreedor.

Para el ordenamiento jurídico español, al igual que para la inmensa mayoría de los extranjeros de su entorno, la sólo contravención de la obligación es fundamento suficiente para generar algunas consecuencias jurídicas. El artículo 1.101 del Código civil expresa esta idea, refiriéndola a la obligación de indemnizar los daños causados. Habla de dolo, culpa y morosidad, pero también de *cualquier otro tipo de contravención*. Desde antiguo, se han planteado dudas acerca de la interpretación de este precepto. Para algunos, contempla dos tipos de incumplimiento (morosidad y contravención) y dos criterios de imputación (dolo y culpa) y, para otros, son cuatro fundamentos de responsabilidad (dolo, culpa, morosidad y contravención cualquiera del tenor de la obligación). Se puede preguntar si no es posible que, además, como se explicará más adelante, hacer innumerables combinaciones de estos supuestos de incumplimiento. Es decir, un deudor que actúa dolosamente en el cumplimiento de su obligación, ¿habrá incumplido?. BADOSA COLL encuentra una respuesta adecuada a este interrogante. Explica que la referencia al dolo y a la culpa precisamente "*en el cumplimiento*" (arts. 1.101, 1.103 y la alusión de éste "*igualmente*", al art. 1.102) no se ha de entender como "*compatibilidad*" con el cumplimiento "*como conducta*", sino como "*localización*" con el cumplimiento "*como período*", se cumpla efectivamente o no. El argumento de la distinción radica en que si el dolo y la culpa también fueran causas de daños deberían diferenciarse de la contravención del tenor de la obligación, tal como presupone el artículo 1.101 y, por tanto, serían compatibles con el cumplimiento como "*conducta*". La consecuencia sería el absurdo de que los daños "*causados*" por el dolo o la culpa del art. 1.101 no podrían calificarse de obligaciones, porque habría habido cumplimiento y con él, la satisfacción del interés obligacional del acreedor. Sólo podrían ser "*extraobligacionales*". Es decir, la indemnización del art. 1.101 se extendería a los

daños "causados" en el cumplimiento, por otros intereses "no obligacionales" del acreedor.

Aún con esta explicación que apoya la mayor parte de la doctrina civilista actual, siguen siendo numerosísimos los problemas a que dan lugar las interpretaciones de esta norma (que, en síntesis, se vienen conociendo bajo el nombre de "teoría objetiva" y "teoría subjetiva o culpabilista"), al igual que innumerables son los autores que desde siempre han tratado de iluminar su interpretación¹.

Desde mi punto de vista, y en lo que interesa destacar en este estudio, es conveniente puntualizar algunos de los interrogantes a los que da lugar la lectura y aplicación de esta norma. En primer lugar, se plantea la duda de si basta el hecho del incumplimiento para hacer generar la responsabilidad contractual o es necesario, efectivamente, hacer alusión a los llamados criterios de imputación (dolo, culpa y caso fortuito)². En segundo lugar, hay que dudar sobre la noción y contenido tradicional de

¹ Sería un trabajo inútil enumerar aquí a todos los autores españoles que desde la codificación han estudiado este tema, sobre todo si se quiere no olvidar alguno.

² Aquí se defiende que en realidad no es necesario hacer referencia a criterio de imputación alguno para establecer la responsabilidad por incumplimiento. Lo único que nuestro legislador prevé es la causa de exoneración o inimputabilidad del incumplimiento. El artículo 1.105 del Código civil en este punto es claro: fuera de los casos expresamente mencionados en la ley (legal), y de los que en que así lo declare la obligación (convencional), nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables. El problema con el que, efectivamente, se topa la doctrina, y como tantas se veces se ha puesto de manifiesto, es uniformar lo que se debe entender por caso fortuito. Pero es el incumplimiento de la obligación el fundamento primero y último de la responsabilidad. Las causas que lo han motivado, y que no entren en la noción que se acoja de fortuito, son irrelevantes para el sistema de responsabilidad (naturalmente, salvo el dolo que es la única conducta reprochable prevista y sancionada en el ordenamiento jurídico). DIEZ-PICAZO en los *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág. 578, aun introduciendo el tema de un modo tradicional, es claro en este punto. "Para que exista caso fortuito es preciso que se produzca un hecho impeditivo del recto cumplimiento de la prestación, de manera que se rompa la relación de causalidad entre el comportamiento del deudor (incumplimiento) y el daño. Quiere decirse con ello, que por muy diligente que el deudor haya sido, si no se ha producido la imposibilidad o el impedimento de prestación, no tiene por qué existir liberación." En este punto es importante destacar que DIEZ-PICAZO

responsabilidad contractual, es decir, si se concreta únicamente en la indemnización de los daños y perjuicios¹ o por el contrario, su contenido es más amplio. Incluso, hay que analizar si es indispensable la imputabilidad del incumplimiento al deudor (si se llega a afirmar su indispensabilidad) para que se puedan ejercitar aquellos otros remedios que se le conceden al acreedor para la defensa de su derecho de crédito, distintos al de la compensación de los daños, ya que el Código civil, si en verdad lo hace, sólo conecta la necesidad de la imputabilidad del incumplimiento a la obligación de indemnizar. Por último, se debe estudiar, aunque ha sido objeto de profundas investigaciones doctrinales, el límite a la responsabilidad contractual en sentido amplio.

PANTALEON PRIETO² recientemente ha expresado una idea que, a mi juicio,

habla de impedimento que rompa el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño, lo que no significa de ningún modo, según la teoría sostenida por alguno de nuestros autores, que siempre que haya posibilidad de cumplir el deudor es responsable. Los impedimentos temporales han de tenerse en cuenta como posibles fundamentos de inimputabilidad de la responsabilidad por incumplimiento (incluidos los subjetivos) siempre que originen la ruptura de tal nexo.

Se ha dicho que DIEZ-PICAZO introduce al problema de la responsabilidad contractual de una manera tradicional, puesto que dice: "*Se trata de averiguar en qué casos o bajo qué supuestos la falta de actuación de un programa de prestación o la ejecución de una prestación defectuosa le son imputables al deudor. Dicho de otro modo, en qué casos y bajo qué supuestos un deudor debe asumir, o han de serle imputadas, las consecuencias de la lesión o de la insatisfacción que experimenta el derecho del acreedor y tiene, por consiguiente, que resarcir los daños y perjuicios*". Se denota una gran influencia pasada y superada por las tesis culpabilistas y que, en gran medida sino en toda, gracias a su obra, se han visto disminuidas o casi desechadas por nuestros autores más recientes. El objetivismo puro ha de partir de "*averiguar en qué casos o bajo qué supuestos la falta de actuación de un programa de prestación o la ejecución de una prestación defectuosa no le son imputables al deudor. Dicho de otro modo, en qué casos y bajo qué supuestos un deudor no debe asumir, o no han de serle imputadas, las consecuencias de la lesión o de la insatisfacción que experimenta el derecho del acreedor y no tiene, por consiguiente, que resarcir los daños*".

¹ PANTALEON PRIETO, a la responsabilidad contractual en este sentido la denomina "responsabilidad contractual en sentido estricto", *vid.*, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, "Anuario de Derecho Civil", 1993, IV, pág.1737. Sin embargo, creo que no estaría de más calificarlo como un efecto más de la responsabilidad que se genera del mismo hecho del incumplimiento. El propio PANTALEON es este trabajo aclara que la obligación de indemnizar se concibe como un efecto que la ley liga al contrato, no contra la voluntad de las partes, pero sí sin ella, porque cuando el deudor ha de responder, no es porque así lo haya prometido, sino porque, en defecto de pacto, el legislador ha estimado que las circunstancias del incumplimiento hacen razonable (en términos de justicia o de eficiencia) que sea imputado al deudor.

² *Vid.*, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, *op.cit.*, pág.1720.

es importante trasladar aquí. Afirma que la primera premisa de un Derecho del incumplimiento contractual congruente, valorativa y altamente eficiente es la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual. La previsión de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor¹ sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevenida u originaria, mora y cumplimiento defectuoso. Es importante esta afirmación, no porque sea una materia que requiera modificaciones de "*bastante entidad*" en nuestro Código civil, como manifiesta el autor, sino porque lo que necesita es una interpretación correcta y una voluntad unánime por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de uniformar el sistema. En esta tesis se defiende la existencia de uniformidad de la disciplina del Derecho de obligaciones y, en particular, del Derecho del incumplimiento. Existe en nuestro Código Civil base suficiente para realizar esta afirmación, pero para demostrarlo es indispensable partir de una idea inamovible: por incumplimiento contractual ha de considerarse, como acertadamente dice PANTALEON, toda desviación del programa prestacional pactado. Si ésto es así, sin necesidad de decir ni de probar nada más, se puede empezar a desenmarañar todos los entresijos del problema de la responsabilidad contractual. Pero si, por el contrario, se comienza añadiendo a este presupuesto otros tantos requisitos (criterios de imputación, carga probatoria, diferencias de régimen

¹ En mi opinión los medios de tutela que se otorgan es, en general, para la propia relación contractual, para la defensa del tráfico jurídico en su conjunto. Se debe tener en cuenta la función económico-social que asume el contrato respecto del ordenamiento jurídico, es decir, actualmente debe predominar la idea de contrato como producto de la autonomía de los particulares, pero en cuanto objeto de tutela que es por parte del ordenamiento, se debe tener presente la concepción del contrato como medio de circulación de la riqueza. Por lo tanto, la pregunta que se debe formular en sede de responsabilidad contractual, desde el punto de vista del contrato como expresión de la autonomía de la voluntad es, efectivamente, ¿hasta qué límite es responsable el deudor por el incumplimiento del contrato?, pero desde el punto de vista del contrato como medio de circulación de la riqueza, se debe decidir qué criterio es el que se debe adoptar para satisfacer mejor las exigencias de la circulación de la riqueza y la seguridad del tráfico jurídico?. Se defiende en este estudio, la importancia tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico del análisis económico de los criterios de la responsabilidad contractual.

dependiendo del tipo de contravención de que se trate, etc..) difícilmente se puede llegar a ver la posibilidad de alcanzar un Derecho uniforme de la responsabilidad contractual. La otra idea inmodificable debe ser la de que por "responsabilidad contractual" ha de entenderse, siguiendo la definición de BADOSA COLL¹, la asunción por el deudor de las consecuencias económicas negativas que la infracción obligacional ha producido al acreedor² (entre ellas, se debe incluir la indemnización de los daños y perjuicios, la resolución del contrato, la ejecución forzosa, el cumplimiento tardío y la traslación de los riesgos).

Antes de empezar a clasificar los tipos de incumplimiento contractual con el fin de demostrar que el régimen de responsabilidad contractual previsto en el Código civil es sustancialmente el mismo para todos ellos, es conveniente dejar asentadas algunas premisas que parecen ciertas.

Por incumplimiento contractual ha de entenderse cualquier contravención del tenor de la obligación se llegue o no al definitivo incumplimiento o se logre la realización de la obligación (art.1.101 del Código civil: que ejemplifica en los supuestos objetivos de morosidad y cualquier contravención del tenor de la obligación y en los

¹ Vid., BADOSA COLL; *Comentario al artículo 1.101 del Código civil*, "Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia", Vol. II, *op.cit.*, pág. 34.

² En este punto discrepo de la opinión de BADOSA de que la obligación de indemnizar los daños constituya, junto a la ejecución forzosa, declarada compatible con ella por el art.1.096.1º, el conjunto de la responsabilidad del deudor por la infracción obligacional. Se olvida el autor de incluir la *perpetuatio obligationis* que se incluye dentro de los efectos de la responsabilidad y que es igualmente compatible con las anteriores y que viene reconocida en el artículo 1.096,2º del Código Civil (y desarrollada en los artículos 1.100 y 1.182 y siguientes del mismo cuerpo legal).

subjetivos de culpa y dolo). Del incumplimiento por sí solo se derivan varios efectos, que se pueden englobar en la idea de "*responsabilidad contractual*" (indemnización de daños, acción de cumplimiento, resolución del vínculo, acción redhibitoria, evicción, traslación de riesgos, etc.). Algunos de ellos requieren, a tenor de lo dispuesto en las normas que los regulan, la concurrencia de determinados requisitos (imputabilidad, constitución en mora, notificaciones, etc.). Algunos de los remedios otorgados al acreedor por el legislador para la defensa y protección de su derecho de crédito están previstos únicamente para un tipo concreto de obligación (de dar, de hacer o de no hacer). El comportamiento de las partes, mientras dura la relación obligatoria, tiene importancia a la hora de determinar las consecuencias de algunos de estos remedios (en la indemnización se tiene en cuenta si ha habido dolo o no, en la evicción, la mala fe, en la redhibitoria, el conocimiento objetivo de los vicios ocultos), pero además, el comportamiento de las partes contratantes es, por sí solo, sin contravención definitiva, fundamento de responsabilidad. Es posible que el empleo del dolo sea suficiente para el nacimiento de la obligación de indemnizar y, tampoco se ve problema alguno para que lo sea para trasladar al deudor los riesgos de la pérdida de la cosa debida. El artículo 1.182 establece que la pérdida de la cosa debida sin culpa del deudor extingue la obligación, por lo tanto, *a contrario*, la pérdida dolosa o culposa de la cosa, no extingue la obligación, sino que la "perpetúa". Se puede afirmar que el dolo y la culpa, en este caso, son fundamentos por sí solos de la responsabilidad (contemplada desde la perspectiva de los riesgos y no de los daños). Lo mismo ocurre cuando por un comportamiento doloso del obligado, la condición se vuelve imposible, la prestación alternativa se imposibilita, la cosa debida se deteriora y todos aquellos supuestos contemplados legislativamente de mejoras, deterioros y pérdidas "no fortuitas" del objeto

de la obligación. Igualmente se origina la responsabilidad del deudor, cuando éste deliberadamente no se hace encontrar en su domicilio para que el acreedor reciba el pago o se dirija a un lugar diverso al pactado para realizarlo. Incluso, se debe estudiar la posibilidad de acoger las conductas del deudor, como fundamento propio del deber de indemnizar, en aquellos tipos de obligaciones que, aún teniendo por objeto un resultado, éste no se puede alcanzar sin emplear la diligencia debida. Por ejemplo, un contrato de transporte en el que el transportista, a pesar de haber trasladado al acreedor al lugar pactado, ha empleado una conducta dolosa durante el viaje, o en el arrendamiento de obra en el que el arrendatario (contratista) ha realizado la obra, pero con molestias para el acreedor deliberadamente causadas. O el caso en que la obligación haya sido realizada finalmente por un tercero, contra la voluntad deliberadamente contraria del deudor. En mi opinión, la diligencia (contrapuesta al dolo, mala fe y buena fe) en el cumplimiento de las obligaciones no debe contemplarse como una obligación accesoria, sino como integradora de la propia obligación (art. 1.094 y 1.104.2º C.c.)¹, es decir, se integraría en el concepto de "*contravención en el modo de realizarla*", como contemplaba el Proyecto de 1851.

¹ En este sentido, BADOSA COLL, *Comentario al art.1.104 del Código civil*, "Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia", vol.II, op.cit., pág.41., estima que los arts. 1094 y 1014.II, presentan la diligencia como un "deber" que incumbe al deudor. La calificación jurídica de este deber ha de hacerse a partir de los efectos jurídicos atribuidos a su ejercicio. Estos efectos, tanto en el art. 1.094 como en el art. 1.104, se concretan en la exoneración o irresponsabilidad del deudor por los daños que resulten al acreedor de la pérdida o deterioro de la cosa (en el caso del art. 1.094) o de las infracciones obligacionales en sede de cumplimiento (en el caso del art.1.104). Esta eficacia exoneradora de la diligencia excluye la calificación de obligación de hacer por dos razones: la primera, por el absurdo de que la "diligencia en el cumplimiento", como obligación de hacer generaría a su vez otra obligación de diligencia en el cumplimiento y así sucesivamente. La segunda, porque sería una obligación que se podría incumplir impunemente en el caso de que la prestación fuera realizada por un tercero (art. 1.158.I). De ahí, que la calificación adecuada al "deber" de diligencia del art. 1.104 (y del art. 1.094) sea el de carga, puesto que tal deber no tiene como medio sancionador el directo de la ejecución forzosa (propia de la verdadera obligación), sino el indirecto de la responsabilidad por los daños. La consideración de la diligencia como "carga" del deudor, tiene la traducción económica de que éste es el financiador de los gastos que genere su realización (v.gr. arts. 1.145.II, 1.150 *in fine*, 1.168, 1.199, etc.), sin que los pueda repercutir en el acreedor, excepto cuando el deudor haya gestionado gratuitamente intereses de éste (arts. 1.728, 1.779, 1.893.I).

Pues bien, si estas premisas son ciertas, desde mi punto de vista, hay que desmentir la importancia de las teorías subjetivas y objetivas de la responsabilidad contractual, puesto que, en realidad, ambas llegan a las mismas conclusiones, aunque por caminos diversos. Si se niega, como las dos hacen, el binomio *incumplimiento=culpa-negligencia*, porque para afirmar la existencia de incumplimiento basta únicamente una desviación del programa prestacional pactado, sólo queda, que es lo que ocurre actualmente en la doctrina, el binomio *responsabilidad=culpa (en sentido amplio)* de los subjetivistas o el binomio *responsabilidad=non casus* de los objetivistas. Lo que se discute, en definitiva, son las reglas de imputabilidad de la responsabilidad que surge del incumplimiento y las de exoneración de la misma (*casus=non culpa-diligencia* de los subjetivistas y *casus= suceso imprevisible o inevitable* de los objetivistas). Se ha dicho que en el fondo la discusión doctrinal en este punto es una falacia, porque es lo mismo decir que hay responsabilidad cuando hay culpa, que decir que hay responsabilidad si no hay caso fortuito. Empezaré la explicación de esta idea partiendo de la tesis subjetivista o culpabilista tan arraigada en nuestra doctrina¹.

La doctrina subjetivista que, en líneas generales, tradicionalmente se dice que

¹ Se comparte en este trabajo la opinión, entre otros, de JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, pág.38, de que apurando la interrelación -simetría perfecta- entre exoneración y responsabilidad, se impone observar que las reglas de responsabilidad son simultáneamente reglas de exoneración a contrario, y que, viceversa, las reglas de exoneración son a contrario reglas de responsabilidad. Y que ello es así, porque se deja de responder cuando se deja de dar el presupuesto al que la responsabilidad se conecta (de modo que las reglas de responsabilidad fungen como reglas de responsabilidad del deudor). Ello resulta de la coherencia interna de las propias reglas de responsabilidad, al interior de las cuales se habla de responsabilidad y exoneración para describir dos perspectivas de un mismo fenómeno. El contenido de la prueba liberatoria es la negación del fundamento de la responsabilidad (equivale a su ausencia) y todo aquello que nuno es prueba liberatoria (es decir, ausencia del fundamento de la responsabilidad) es responsabilidad, se incluye en el fundamento de la misma.

viene representada por CASTAN TOBEÑAS¹, estima que es necesario que el incumplimiento de la obligación se haya debido a una conducta culposa del deudor para que surja la responsabilidad contractual. Apoya su afirmación en la norma contenida en el artículo 1.101 del Código civil (que se recuerda que sólo alude a uno de los efectos que genera la llamada responsabilidad por incumplimiento). Según esta línea de pensamiento, el precepto está contemplando dos formas de incumplimiento (morosidad y contravención del tenor de la obligación) y dos títulos de imputación (el dolo y la negligencia). De tal forma que, en principio, no puede originarse la responsabilidad contractual si el acreedor no prueba no sólo el hecho mismo del incumplimiento, sino que éste ha sido debido a un comportamiento doloso o negligente del deudor. El criterio o "parámetro" para medir si el deudor ha actuado diligente o negligentemente en el cumplimiento de lo prometido es el del *"buen padre de familia"* o la diligencia prestable cuando la obligación expresamente la determine (art. 1.104 y 1.094 del Código civil).

Pues bien, la doctrina subjetivista de nuestro país se ha encontrado con los mismos obstáculos insalvables con los que se encontraron, originariamente, estas mismas líneas de pensamiento en los ordenamientos extranjeros. En primer lugar, el propio precepto legal. El artículo 1.101 no da pie a sustentar la teoría subjetiva formulada de esta manera (responsabilidad =incumplimiento negligente), porque es cierto que la negligencia es un fundamento de la responsabilidad, pero no el único. La culpa-diligencia configura únicamente una hipótesis de incumplimiento, pero el incumplimiento es un concepto mucho más amplio, que abarca un amplio abanico de

¹ Vid., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.576 que hace alusión a las tesis presentes en nuestro actual Derecho de obligaciones.

tipos de violación de las obligaciones, entre los cuales es cierto que se encuentran aquellos que hacen referencia a la conducta del obligado. Se debe dejar a un lado, como dice VISINTINI¹, el discurso de la culpa-negligencia cuando se trata el tema de la responsabilidad contractual para no incurrir en la confusión entre ambos conceptos (de culpa y de incumplimiento), y limitarse a revelar el papel que la diligencia desarrolla en la determinación del contenido del contrato. En segundo lugar, el artículo 1.094 está haciendo referencia a las obligaciones de dar, porque en ellas hay una obligación añadida de conservación y custodia, cuando la cosa debida se encuentra en poder del deudor. Es verdad que todas las obligaciones han de cumplirse con diligencia y si se "cumplen", sin que se haya puesto en ello la diligencia exigida, existe incumplimiento contractual, pero no necesariamente todo incumplimiento ha de ser culpable-negligente. En tercer lugar, se encuentra el hecho de que el artículo 1.101 del Código civil sólo hace referencia a uno de los efectos del incumplimiento o a una de las medidas de protección que la ley otorga al acreedor insatisfecho: el de la obligación de indemnizar, pero no al resto (v.gr., pretensión de cumplimiento, ejecución forzosa de la obligación, resolución por incumplimiento, perpetuación de la obligación). El deudor puede pedir el cumplimiento si el deudor no ha satisfecho su interés, y para ello, no es necesario que haya intervenido negligencia alguna (v.gr., art.1.124 C.c.), sino que sea posible de llevarse a cabo la prestación. Tampoco lo es, en el caso de que opte por la resolución del contrato, porque el artículo 1.124 (y el 1.504 sobre la compraventa) no lo exige. Es más, en su tercer párrafo² establece claramente la obligación de los tribunales de

¹ Vid, G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Ed. Jovene, Nápoles, 1979, pág. 200.

² Del que en mi opinión ha abusado la jurisprudencia para negar "justificadamente?" el derecho a la resolución del vínculo contractual por aquel acreedor, que ha cumplido su parte o se ha allanado a hacerlo, y no mantiene su interés en un cumplimiento tardío. Abusa, no sólo por exigir requisitos que en la propia norma

decretar la resolución que se reclame, salvo que existan causas *justificadas* que le autoricen a señalar un plazo para el cumplimiento posterior. Lo mismo ocurre con los procedimientos de ejecución forzosa regulados en la ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 991 y ss.) y previstos en el Código civil (arts 1.094 a 1.099). En la perpetuación de la obligación, contemplada de manera general en los artículos 1.096, 1.100 y 1.182 y siguientes del Código civil, se diferencia claramente dos supuestos de traslación de los riesgos, uno objetivo: la constitución en mora del deudor y otro subjetivo: la culpa del deudor en la pérdida de la cosa debida¹. En todos estos preceptos reguladores de

no se contemplan, sino por variar incluso el fundamento de la responsabilidad contractual. Con la exigencia de una "voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento", no aplica ya las doctrinas subjetivistas tradicionales, sino que excede de la línea de pensamiento de éstas, porque exige el dolo. Es decir, para lograr la resolución contractual por vía judicial, es requisito indispensable que el incumplimiento sea doloso. Esta doctrina jurisprudencial tan asentada en nuestro país cuadra mal con la del resto de los países de nuestro entorno, con la economía procesal, con la celeridad del tráfico comercial, con el saneamiento de los créditos, pero sobre todo con la propia doctrina jurisprudencial de admisión de la resolución por quien pudiendo realizar su prestación no va recibir la contraprestación correspondiente porque su cumplimiento ha devenido imposible fortuitamente.

Desde la STS de 5 de junio de 1989 se puede decir que ha comenzado una tendencia a la objetivación en la Sala Primera del Tribunal Supremo. En esta sentencia se dice que *"para la resolución de los contratos no se requiere una actitud dolosa del incumplimiento, ni una actitud deliberadamente rebelde al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte, siempre que tal conducta del incumplimiento no represente dejar de cumplir prestaciones accesorias o complementarias, pudiendo consistir la misión del incumplimiento en una prolongada inactividad o pasividad del cumplimiento de la otra parte"*.

¹ Más adelante se verá que se discute en la doctrina si la referencia a la culpa en la pérdida de la cosa debida del art. 1.182 C.c., o de manera general en la imposibilidad sobrevenida de la prestación, es o no equivalente al concepto de no imputabilidad o de culpa-negligencia prevista en el art.1.104 C.c. o si debe ser entendida hecho propio. La presunción de culpa en este caso (art. 1.183 C.c.) a juicio de algunos autores no deriva del principio *id quod plerumque accidit* o de la posesión de la cosa, sino que responde a la exigencia jurídica de evitar facilitar al deudor que extinga la obligación. Para BADOSA COLL, *Comentario a los artículos 1.094, 1.096, 1.182, 1.183 y 1.184 del Código civil*, "Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia", *op.cit.*, pág. 255 y ss, la presunción de culpa del art. 1.183 C.c. y la referencia a "sin culpa" que hace el art. 1.182 no es equivalente a la diligencia del art. 1.104 del C.c., sino que alude a un concepto de culpa como hecho propio y no como falta de diligencia. En mi opinión, la presunción de culpa establecida por la norma descende lógicamente del deber de custodia y conservación de la cosa debida contemplado en el artículo 1.094 del Código civil y aceptar la tesis de BADOSA, sin base en precepto legal alguno del Código, supone, como dice DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, *op.cit.*, pág.653, aumentar el ámbito de la imposibilidad sobrevenida fortuita y obliga a sostener dos concepciones diversas. Por ello, es preferible, también desde mi punto de vista, seguir la opinión mayoritaria en la doctrina de que la pérdida sin culpa del art. 1.182 debe equipararse a la pérdida fortuita en el sentido del art. 1.105. La única pérdida fortuita que es liberatoria para el deudor es la que resulte

remedios distintos al de la indemnización de los daños (e independientes de ella), salvo en el caso de la perpetuación de la obligación, nada se dice acerca de la concurrencia de algún elemento subjetivo. Por último, se debe destacar que el artículo 1.105 del Código civil establece expresamente el límite a la responsabilidad contractual y éste no es la diligencia, sino el caso fortuito. Dispone la norma que *"fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos, fueran inevitables"*. La lógica de esta norma es absoluta, si se examinan conjuntamente el artículo 1.107 y 1.096.3º del Código Civil.

El incumplimiento contractual generador de responsabilidad afecta a los dos ámbitos integradores de la misma. Al sistema de daños (artículos 1.101 y siguientes) y al sistema de riesgos (artículos 1.096.3º, 1.100 y 1.182 y siguientes). El límite de la responsabilidad contractual es el caso fortuito, lo que quiere decir que todas las alteraciones y vicisitudes que puedan afectar al normal desarrollo de la relación obligatoria, y que las partes no hayan previsto en el acto de constitución de la obligación, quedan sometidas a la letra de la ley. Se dice que el deudor que prueba el acaecimiento de un caso fortuito que, efectivamente, le haya impedido la exacta realización de su prestación, se libera de la obligación y, en consecuencia, no ha de responder de su incumplimiento. Esto es así salvo que la ley o las partes expresamente le hagan responder de los fortuitos. El riesgo del caso fortuito se está, en realidad, atribuyendo legalmente al acreedor (*periculum est creditoris*), porque lo que parece claro

inimputable después de aplicar los criterios generales de imputación de responsabilidad.

es que una de las partes contratantes debe soportar ese riesgo.

En el ámbito de actuación del sistema de daños, el principio es el mismo, puesto que el propio artículo 1.107 del Código civil cuando cuantifica los daños derivados de cualquier incumplimiento no doloso lo hace en función de lo que había sido previsto en el momento de celebración del contrato¹. Sólo cuando el incumplimiento ha sido doloso el legislador reprocha y sanciona una conducta del obligado.

El sistema de daños y el sistema de riesgos, ambos integrantes del concepto amplio de responsabilidad contractual, se guían por los mismos principios. El único límite en ambos, porque lo es de la responsabilidad contractual, es el caso fortuito y además, y ésto es importante, siempre que la ley o las partes no hayan establecido algo diverso, es decir, bien la responsabilidad por caso fortuito o bien la responsabilidad limitada. Son bastantes las normas que se encuentran a lo largo del ordenamiento que imponen un límite a la responsabilidad o la extienden al fortuito. Igualmente, en virtud del principio de la autonomía privada que preside el Derecho de las obligaciones, las partes están legitimadas para autorregular sus relaciones derivadas del contrato. La

¹ Dice el artículo 1.107 del Código civil que *"Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento"*. En mi opinión, existe una estrecha relación entre los criterios adoptados por el legislador para la cuantificación de los daños derivados del incumplimiento y la previsibilidad de los mismos. No hace diferencia la norma entre incumplimientos culpables y no culpables, porque no se pretende con la indemnización, sancionar conductas, sino reparar daños. El criterio establecido es el de la previsión "normal" que las partes deben tener a la hora de vincularse contractualmente, previsión que debe abarcar todas las alteraciones y altibajos que pueden darse hasta el momento de la consumación del mismo. El único comportamiento que efectivamente reprocha el ordenamiento jurídico es el del dolo y ello, no solamente, porque se trata de una conducta dirigida voluntariamente al incumplimiento de las promesas realizadas y a lesionar la confianza depositada por la otra parte, sino porque de otra manera se estaría dando vía libre a la producción consciente de daños injustos. La conexión entre el criterio de exoneración de la responsabilidad (sucesos imprevisibles al constituirse la obligación o inevitables) y las reglas de determinación del daño (límite en los daños previstos o que se hayan podido prever) es bastante significativa.

autonomía privada actualmente no plantea excesivos problemas en relación al sistema de daños por incumplimiento, puesto que son muchos los autores que se han dedicado a su estudio y a aclarar los interrogantes que origina. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el sistema de riesgos en el contrato, que ha sido, en cierta medida, olvidado por la doctrina. La constitución en mora, a mi juicio, funciona única y exclusivamente en el sistema de riesgos contractuales, aunque existe una excepción contemplada legislativamente para las obligaciones pecuniarias, en las que el legislador ha optado por regular (dispositivamente) ambos ámbitos de la responsabilidad contractual en una misma norma (el artículo 1.108 del Código civil).

Se ha dicho que el problema con el que se enfrenta hoy en día la doctrina subjetivista es el no poder explicar basándose únicamente en la culpa ambos sistemas. Los interrogantes a formularle, a mi juicio, serían los siguientes: ¿Por qué el artículo 1.107 que sanciona la conducta dolosa, también hace responder al deudor de buena fe de los daños ocasionados por su incumplimiento?, ¿es que se puede denominar deudor de buena fe a un deudor negligente?. ¿Por qué el artículo 1.096 traslada los riesgos de la pérdida fortuita al deudor constituido en mora, aunque no sea doloso o negligente?, ¿Por qué para que surja la obligación de indemnizar los daños derivados del incumplimiento de una obligación pecuniaria no requiere ni siquiera culpa o dolo?, ¿por qué el artículo 1.182 yuxtapone los conceptos de culpa y constitución en mora para hacer extinguir la obligación por la pérdida fortuita de la cosa debida?, ¿por qué el artículo 1.214 exige únicamente la prueba de las obligaciones a quien reclama su cumplimiento y no la prueba de la negligencia o de cualquier otro criterio de imputación?, ¿Por qué se establece el límite a la responsabilidad del deudor en el caso

fortuito y no en la diligencia?, ¿porqué se le hace responder al deudor de los hechos de sus dependientes cuando los utiliza para ejecutar la prestación?, ¿por qué se libera de su obligación el deudor doloso cuando haya realizado el pago un tercero, aun en contra de su voluntad?.

A estas preguntas la actual doctrina culpabilista responde que el ordenamiento presume la culpabilidad del deudor en su incumplimiento. Pero, creo que son excesivos interrogantes como para solucionarlos mediante una presunción *iuris tantum* de culpabilidad-negligencia del deudor incumplidor. Si se admitiese que existe, en última instancia, sería, entre otras razones, porque es el deudor quien se encuentra en mejor posición para conocer y probar la causa de su incumplimiento. Ahora bien, en mi opinión, resulta un tanto complicado, además de innecesario, apoyar la existencia de una presunción de negligencia en el deudor cuando es más fácil admitir que el hecho mismo del incumplimiento de la obligación (del tipo que sea, y por las causas objetivas o subjetivas que sean) genera responsabilidad en el obligado. Responsabilidad que, sin embargo, admite una prueba concreta para exonerarse de ella: el caso fortuito. Pero sea como fuere, lo cierto es que para los subjetivistas todo lo que no es diligente es culpable y bajo el manto protector del término "culpa" introducen todo aquello que no es fortuito. Con la alteración de la carga de la prueba¹ y presumiendo, por tanto, la culpa del

¹ Se habla de inversión de la carga de la prueba, porque en origen y para ser coherentes con su teoría, los autores culpabilistas que exigían que el incumplimiento fuera culpable como único fundamento de responsabilidad, y, en consecuencia, requerían que el acreedor probase no sólo la obligación vencida y exigible, sino que la contravención de la misma por parte del deudor se haya debido a un comportamiento culposo del mismo. El problema que surge tras el reconocimiento de una presunción de culpa entendida como imputabilidad, continúa siendo el de la carga de la prueba. ¿le basta al deudor, sobre el que pesa una presunción de culpabilidad en el incumplimiento, probar que puso toda la diligencia que le exigía la naturaleza de la obligación, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.104 del Código Civil? ¿o más bien deberá aportar la prueba de que se vió sobrevenida o fortuitamente afectado por un impedimento que no le es imputable, o que no entraba dentro de lo que le era exigible en comparación con su expreso deber de diligencia, a tenor del

deudor en el incumplimiento, llegan a las mismas consecuencias que la doctrina objetivista. Es lo mismo decir, como harían los defensores de ésta última, que el deudor responde por el hecho mismo del incumplimiento y que la única forma de exonerarse de tal responsabilidad es probando el acaecimiento de un caso fortuito, que decir, como harían los culpabilistas, que el deudor responde por culpa, y que ésta se presume, dado que el único límite que reconocen es el establecido en el artículo 1.105 del Código civil, es decir, el caso fortuito (aunque todavía hoy hay algunos culpabilistas que admiten que el deudor se pueda exonerar de su responsabilidad probando el empleo de la diligencia debida). El binomio utilizado sería *casus=non culpa*, es decir, basta probar la diligencia para entender que existe un caso fortuito. Pero inexplicablemente (porque es contradictorio) se está reconociendo, efectivamente, el límite de la responsabilidad en el caso fortuito (seguramente porque no pueden eludir la presencia en el ordenamiento del artículo 1.105), aunque se discrepe en su contenido y en el de la prueba que se debe aportar. Si la prueba que se le exige al deudor para liberarse de su obligación y de su responsabilidad es el caso fortuito, entendido como una imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor (porque se presume su imputabilidad), en el fondo late la afirmación de que el término "*culpa*", utilizado por los subjetivistas, es equivalente al de "*imputable*" de los objetivistas y, en definitiva, la equiparación del concepto de no imputabilidad al de no culpa conduce a una objetivación definitiva de la responsabilidad contractual.

En realidad, no existe una inversión de la carga de la prueba, sino una

artículo 1.105 del Código civil?

redistribución de la misma¹. Es evidente que el artículo 1.214 del Código Civil protege mediante una presunción *iuris tantum* al acreedor que demuestre estar en posesión de un crédito vencido y exigible. Corresponde, en consecuencia, al deudor destruir tal presunción, probando la inexistencia del crédito². Para lograr su destrucción no es suficiente aportar la prueba de la diligencia, puesto que el obrar con diligencia no es causa de extinción de la obligación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.156 del Código civil, ni de liberación de responsabilidad a tenor del 1.105. De lo contrario, si se piensa detenidamente, todas las obligaciones se traducirían en deberes de esfuerzos. La prueba que el deudor incumplidor deberá aportar al proceso, y que aquí se discute,

¹ Esta idea la expresa JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, op.cit., pág.248 con las siguientes palabras: "Permaneciendo firmemente asentado que el límite de la responsabilidad contractual es la imposibilidad liberatoria y que el incumplimiento se determina a partir de ese límite, las reglas de la prueba que resultan de integrar la norma general que se desprende del artículo 1.214 del Código civil con las normas sustantivas de la responsabilidad contractual, hace que la prueba de su concurrencia sea una carga para el deudor. De forma que si en el proceso no se establece la concurrencia de la imposibilidad liberatoria, el juez decide contra el deudor afirmando la responsabilidad, pues la ausencia o la incerteza de la prueba de la imposibilidad liberatoria (y para ello dado su carácter complejo, basta la de uno de sus elementos) es un riesgo para el deudor y el juez debe decidir sobre la base de que existe una infracción de la obligación subsistente (incumplimiento) que es un presupuesto de la responsabilidad.

No es que el incumplimiento, fundamento de la responsabilidad, no se determine conforme a su límite, sino que esa determinación viene puesta a cargo del deudor por las reglas de la carga de la prueba. Es el deudor quien ha de probar que la infracción de la obligación (falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento) se ha producido más allá del límite de su responsabilidad, es decir, una vez extinguida su obligación, y que, como consecuencia, no es incumplimiento.

Para designar este fenómeno se ha hablado de "inversión de la carga de la prueba". En realidad, se trata de una aplicación normal de las reglas de la carga de la prueba, pues corresponde a la ley sustantiva designar cuáles son los hechos que corresponde probar y sobre quién recae el riesgo de la ausencia o incerteza de su prueba en relación a una determinada pretensión.

De esta forma al acreedor le basta probar la infracción de la obligación (la falta del total o exacto cumplimiento) y no necesita probar la subsistencia de ésta. En cambio, el deudor no cumplidor que quiera excluir la responsabilidad ha de probar su límite (la extinción de la obligación). La determinación definitiva del incumplimiento —que presupone ciertamente la existencia de la obligación, fundamento último de la responsabilidad— es un riesgo para el deudor y no del acreedor con arreglo a la carga de la prueba que resulta de las reglas generales de responsabilidad contractual".

² Así lo reconocía GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos...*, op.cit., pág. 543 al decir que "La prueba del caso fortuito incumbe al deudor, porque el demandado "in exceptionibus partibus actoris fungitur, casque probare debet", ley 19, título 23, libro 22; al acreedor basta justificar la legitimidad de su crédito, que es el fundamento de su demanda".

es la de la existencia de una imposibilidad sobrevenida de la prestación (art.1.156 C.c.) y de que ésta no le es imputable (art. 1.105 C.c.), y esta figura en nuestro ordenamiento viene regulada bajo el nombre de "*perdida de la cosa debida*" (o bien puede probar la existencia de cualquier otro modo de extinción de la obligación de los reconocidos en el art. 1.156 C.c.). A pesar de su denominación, hay que tener en cuenta, como ha puesto de manifiesto DIEZ-PICAZO¹, que el concepto de imposibilidad de la prestación constituye una generalización que procede de una extensión doctrinal del concepto de "*pérdida de la cosa debida*", que utiliza Código Civil. Se trata de un concepto diseñado en materia de obligaciones de dar cosas específicas, sobre las que originariamente se construyó la teoría de las obligaciones, que, en cambio, encuentra grandes dificultades cuando en una economía de intercambio de bienes se pasa a una economía de intercambio de servicios. Sin embargo, como recuerda este autor, la primera evolución, que significó una ampliación del concepto de pérdida de la cosa debida fué el extender su campo de actuación a las obligaciones de hacer que, por otro lado, vienen contempladas en el artículo 1.184 del Código civil, cuando la obligación de hacer resulta legal o físicamente imposible. La inclusión de la imposibilidad física en las obligaciones de hacer es lo que late finalmente en la discusión entre la admisión, de modo general, de las imposibilidades subjetivas o su aceptación con carácter excepcional para aquellas obligaciones de hacer de carácter personalísimo.

En esencia, el problema lo plantea el concepto de caso fortuito como único criterio de exoneración de la responsabilidad por incumplimiento y como causa de

¹ Vid., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.650.

extinción de la obligación (art. 1.156 C.c.)¹. Es en este punto donde surgen las discrepancias en el seno de todas las doctrinas². El problema es averiguar qué tipos de

¹ Y esto es así, porque, como dice CORTES DOMINGUEZ, *Comentario al artículo 1.214 del Código civil, "Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia", vol.II, Madrid, 1991, pág.320*, en definitiva el artículo 1.214 del Código civil da una regla de juicio de naturaleza procesal, en cuanto va dirigida directamente al juez, en cuanto vincula directamente su actividad y está pensada para resolver un problema de contenido absolutamente procesal. La regla de juicio debe aplicarse al caso concreto de acuerdo con la pretensión deducida en juicio y de acuerdo con las normas jurídicas que son aplicables a dicha pretensión. Lo que sea constitutivo, o lo que por el contrario sea hecho impeditivo, extintivo o excluyente, no puede determinarse sino en consonancia con las normas aplicables a la relación jurídica deducida en el juicio, de modo que tendremos que acudir a ellas para que el juez sepa de qué hechos depende la condena o absolución. No cabe, por tanto, distinguir *a priori* entre unos hechos y otros, pues todo dependerá de cuál sea la pretensión deducida en el juicio y de cómo se deduzca realmente (STS. de 19 de julio de 1984).

² Una primera distinción que se trató de hacer para diferenciar la imposibilidad objetiva de la prestación de la subjetiva fué la de recurrir al criterio de la generalidad o de la particularidad del efecto que había provocado el evento sobrevenido. Así, se dijo, apoyándose en las fuentes romanas (D. 45.1.137,4 y 5), que la distinción debería basarse en el modo en que había afectado el impedimento, que era causa de la imposibilidad, bien al objeto de la obligación (prestación) bien al sujeto pasivo de la misma (deudor). De tal suerte que, esta teoría, reconoce que la imposibilidad es subjetiva cuando la prestación sea imposible sólo para el deudor, pero no para los demás, y objetiva cuando el impedimento subsiste en igual medida para cualquier persona que se encontrase en situación de obligado.

Este antiguo criterio de distinción fué criticado por MOMMSEN quien objetaba que "no es lógico contrastar de este modo una y otra especie de imposibilidad, y que, incluso, puede ser erróneo elevar a la categoría de criterio infalible y constante aquel concepto que en las fuentes viene indicado como un simple y ordinario medio de reconocimiento. Sobre todo, dice este autor, porque la generalidad o particularidad del impedimento no es más que el efecto de su naturaleza objetiva o subjetiva. Es decir, si éste tiene su fundamento en el objeto, se tratará de una imposibilidad que subsistiría para igualmente para todos, y viceversa, no producirá este efecto si el impedimento se refiere al sujeto. Por este motivo, parece más coherente hacer referencia a la naturaleza del impedimento. Es indiferente seguir uno u otro criterio (imposibilidad subjetiva referente a la particularidad de su actuación y responsabilidad objetiva referente a la generalidad de la misma), ya que el impedimento que hace imposible el objeto de la obligación, origina la imposibilidad de ejecutarla por parte del sujeto, y además para confirmar la imposibilidad subjetiva no siempre su particularidad es correlativa al impedimento que concierne solamente al sujeto pasivo. Si se toma, por ejemplo, el caso típico de imposibilidad subjetiva, acogido en las fuentes: la prestación que consiste en una suma de dinero, que el obligado no tiene y que no ha podido procurársela por falta de crédito. Nada impide imaginar, dice MOMMSEN, un impedimento de este tipo que también sea general y que una crisis provoque una situación general de insolvencia y falta de crédito. Se trata, en el ejemplo y siguiendo el criterio de distinción antiguo, de una imposibilidad meramente subjetiva que, sin embargo, puede tener el carácter de generalidad y que, a pesar de ello, ninguno admite que pueda transformarse en una imposibilidad objetiva.

Por imposibilidad objetiva -entiende MOMMSEN-, aquella que tiene su fundamento en el objeto de la obligación en sí mismo considerado. Objetiva será, por tanto, aquella imposibilidad constituida por un impedimento inherente a la intrínseca entidad del contenido de la prestación, por un impedimento que se oponga a la realización de la prestación, en sí y por sí misma considerada, hecha abstracción de cualquier elemento extrínseco a la misma y sobre todo a las referentes a las condiciones particulares del sujeto obligado.

Por imposibilidad subjetiva se debe entender, -a juicio de este autor-, aquella cuyo fundamento reposa o en las relaciones personales del deudor o en la relación del obligado con la cosa debida. A esta distinción se refiere la ley 137, 4 y 5 del Digesto 45,1. Venuleyo indica en este paso la imposibilidad subjetiva como una falta de facultas dandi y arguye, en el párrafo 5, que es un signo de reconocimiento de la misma el que la prestación sea imposible sólo para el deudor, pero no para las demás personas. En realidad, piensa

impedimentos sobrevenidos de la prestación, deben considerarse imputables al deudor y cuáles no. O para ser correctos, que tipo de impedimentos no son imputables al incumplidor. Desde mi punto de vista, en definitiva es un problema de distribución de riesgos (*periculum obligationis*)¹ y, para realizar este reparto, es necesario tener en consideración el tenor del artículo 1.105 del Código civil. Ha de tratarse de sucesos que imposibiliten efectivamente el cumplimiento y que no se pudieron prever al tiempo de contratar o que, aún habiendo sido previstos, fueron imposibles de evitar o controlar. Llevando a cabo una lectura negativa de la norma contenida en el 1.105, se puede afirmar, sin ninguna duda, que toda imposibilidad que no entre en esta definición, será una imposibilidad imputable y, en consecuencia, no liberará al deudor de su obligación, porque no le exonera de su responsabilidad. Además, dado que, tanto en el sistema

MOMMSEN, la imposibilidad subjetiva seguramente se puede reconocer mejor en aquella que no tiene su fundamento en el objeto de la prestación, ya que si lo tuviere debería tener igual valor y efecto para todos. Hay, por consiguiente imposibilidad subjetiva, cuando el impedimento no afecta directamente a la prestación en sí misma considerada, sino solamente a la persona del deudor o a su economía. Por ejemplo, si se toma en cuenta una obligación que tenga por objeto una prestación consistente en un hacer infungible, que se realiza típicamente cuando una persona se obliga por ejemplo a una prestación de una actividad intelectual, que posee una especial y característica impronta de su personalidad y que, por lo tanto, no podría cumplirse por una persona distinta de la del obligado. En este caso, dice MOMMSEN, parece claro que un impedimento que afecta a las condiciones personales del deudor suele repercutir sobre la prestación misma y, en consecuencia, debe considerarse una imposibilidad objetiva. Dado la íntima relación entre la persona del deudor y el objeto de la prestación, que consiste en una actividad infungible de aquél, el impedimento que afecte al obligado puede sin dificultad repercutir o reflejarse en el facere al que está obligado (como si afectara a la prestación del deudor) y ser, por tanto, una imposibilidad, que al concernir al contenido mismo de la obligación, objetiva. Si por el contrario, la prestación no se ha visto afectada por aquel impedimento personal del deudor (como por ejemplo, que afecte solamente a su disponibilidad económica) será un caso de mera imposibilidad subjetiva. Pone MOMMSEN el siguiente ejemplo: Si yo he encargado a un pintor que realice un retrato mío, sin duda, constituirán casos de verdadera imposibilidad objetiva la muerte o enfermedad grave del pintor, pero no podrá decirse lo mismo del hecho de que al artista le falte dinero para comprar todo lo necesario para realizar el encargo o de crédito para procurárselo.

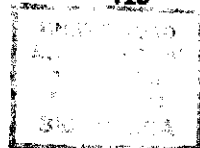
Vid., MOMMSEN, Die Unmöglichkeit der Leistung, Braunschweig, 1853, p. 53 y 72; y OSTI, Revisione critica, op.cit. p. 216 y ss. A los que cita GIOVENE, op. cit., p. 4 y 8.

¹ Se comparte la opinión de GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padua, 1990, II, 1, pág.63, y de SANTORO, *La responsabilità contrattuale, I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, op.cit. pág 5) de que la posibilidad de que el deudor no cumpla representa un riesgo para el acreedor: el riesgo de no recibir la prestación en la que ha confiado en el momento de celebrar el contrato. Por otra parte, la posibilidad o eventualidad de deber resarcir los daños por el propio incumplimiento constituye un riesgo para el deudor. El problema de la responsabilidad contractual es, por lo tanto, el de la individualización de las criterios de reparto, entre acreedor y deudor, del riesgo del incumplimiento.

objetivo de responsabilidad como en el subjetivo se entiende que el deudor es responsable por el hecho mismo del incumplimiento (los culpabilistas mediante una presunción de culpa y los objetivistas sin necesidad de este recurso), será quien haya de probar que el motivo que le impidió cumplir correctamente su prestación entra en el concepto de fortuito (art. 1.214 del Código civil)¹.

¹ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.607, a pesar de defender el punto de vista objetivo del contenido del caso fortuito, que en este trabajo se acoge, y del contenido de la prueba liberatoria tal y como aparece contemplado en el artículo 1.214 del Código Civil, estima que la perspectiva cambia si se trata de un incumplimiento de una obligación de medios o de diligencia. "El problema presenta un aspecto diferente en las llamadas obligaciones de medios o de diligencia, pues en ellas, como sabemos, la violación de la regla de la diligencia, que es el contenido de la prestación, medida por las leyes de la pericia o del arte, determina el incumplimiento del mismo. Por ello, siguiendo la regla general, en este caso el acreedor demandante tiene que probar la culpabilidad del deudor demandado entendida como inobservancia de las reglas que integran su prestación. Subsiste la carga de la prueba del demandado acerca de la existencia de un hecho impeditivo de la aplicación en el caso concreto de la pericia o de la "lex artis". Ello no obstante, en la jurisprudencia reciente parece abrirse camino una línea de acuerdo con la cual, producido por la actividad profesional del deudor el resultado dañoso, es a éste a quien corresponde la prueba del empleo de la diligencia que constituya el objeto de la obligación. De esta suerte, la presunción no es simplemente presunción de culpa, entendida como factor determinante del incumplimiento, por falta de realización de los actos de diligencia necesarios para preservar su posibilidad, sino que se convertiría en una presunción del hecho mismo del incumplimiento, entendido aquí en su variante de cumplimiento defectuoso." En mi opinión, ni siquiera tratándose de obligaciones de medios o de diligencia hay que invertir la regla de la prueba del artículo 1.214 del Código civil. La única manera que tiene el deudor, si se sigue la línea de pensamiento objetivista, de liberarse de su obligación y exonerarse de responsabilidad es probando el caso fortuito. No se puede seguir una responsabilidad por culpa para las obligaciones de actividad y una de carácter objetivo para las de resultado. Esta idea ha sido recientemente puesta de manifiesto por JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y obligaciones de resultado*, "Anuario de Derecho Civil", 1991, pág.52 y por CABANILLAS SANCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, pág.127. "Normativamente el hecho exonerador-extintivo general es de aplicación a las obligaciones de hacer de actividad (arts. 1.105, 1.182-1.184 C.c), pero, además, una obligación de hacer de medios puede, fenomenológicay empíricamente, devenir de imposible cumplimiento: para cual basta que sobrevenga un evento físico o jurídico, que impida al deudor la realización de la conducta diligente debida. La imposibilidad sobrevinida de la prestación de actividad puede ser imputable al deudor. Esto sucederá cuando el deudor no ha previsto las consecuencias de su comportamiento que pueden impedir el que preste su actividad y así evitarlas".

Es cierto que ha de seguirse la regla probatoria del artículo 1.214 del Código civil. Al acreedor le corresponde probar los hechos constitutivos de su demanda (existencia de una obligación incumplida) y al deudor los extintivos de la misma (caso fortuito). El problema no lo plantea la prueba de la exoneración del deudor que deberá consistir, como es regla general, en la imposibilidad sobrevinida no imputable o caso fortuito, sino el contenido de la prueba del acreedor, puesto que si el incumplimiento de una obligación de actividad, medios o diligencia, consiste precisamente en un comportamiento negligente, le corresponderá probar al acreedor la negligencia de su deudor, es decir, el incumplimiento del deudor. A ello responden algunos autores, como pone de manifiesto CABANILLAS SANCHEZ, op.cit., pág. 145, que la demostración de que el deudor no ha actuado según el modelo de diligencia previsto, que no ha observado las reglas del arte, que ha utilizado aparatos anticuados o poco idóneos, que no ha adoptado las precauciones que generalmente se observan, etc., fija solamente la materialidad del incumplimiento.



Es la prueba que debe aportar el deudor para exonerarse de su obligación por imposibilidad sobrevenida de la obligación lo que, en definitiva, separa a la doctrina. Ambas, subjetivista y objetivista, están de acuerdo en afirmar que el suceso que se alegue ha de haber impedido *objetiva y absolutamente* (que no significa excluir los impedimentos temporales, sino las dificultades) la ejecución de la prestación. Están de acuerdo en admitir que se ha de tratar de una verdadera imposibilidad. Aún así, sin embargo, se discute si han de tenerse en cuenta o no aquellas imposibilidades que atañen a la persona del deudor (imposibilidad subjetiva) o solamente aquellas que afectan objetivamente a la prestación (imposibilidad objetiva). En mi opinión, el ser objetivista no se riñe necesariamente con la admisión de impedimentos subjetivos, siempre que se demuestre que existe un nexo de causalidad entre el impedimento y el contenido de la prestación. Si la demostración se alcanza, no se ve razón alguna para negarle la calificación y los efectos de la imposibilidad a aquellos impedimentos que son típicamente inherentes a la persona del deudor¹, siempre que, se repite, se encuentren

Ante esta realidad, parte de la doctrina y algunas decisiones jurisprudenciales bastante recientes optaron por "invertir" la carga de la prueba y atribuir al deudor profesional la carga de probar la diligencia empleada conforme a las reglas del arte. Así, son ya muchas las sentencias en la que ante la ruina del inmueble se presume la culpa del arquitecto -director de la obra (STS. de 14 de noviembre de 1978, 19 de febrero y 29 de mayo de 1959, 7 de junio de 1966, 11 de noviembre de 1982, 31 de enero de 1985, 13 de diciembre de 1988, 28 y 7 de noviembre de octubre de 1989). En lo que se refiere a la responsabilidad de los médicos, la jurisprudencia ha atemperado, como detalladamente explica en su último trabajo CABANILLAS SANCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., pág.160, la carga de la prueba de la culpa médica que se le atribuía tradicionalmente al paciente o a sus herederos (STS. 26 de mayo de 1986, 13 de julio y 1 de diciembre de 1987, 12 de febrero de 1988, 17 de junio de 1989, 7 y 12 de febrero y 6 de noviembre y 31 de enero de 1990). Yo no creo que sea necesario invertir la carga de la prueba y objetivizar de manera radical este tipo de obligaciones. El acreedor deberá probar el incumplimiento de la obligación de medios, porque al fin y al cabo es a lo que se han comprometido las partes cuando decidieron vincularse contractualmente. Los riesgos fueron asumidos libre, voluntaria y conscientemente. Ahora bien, es a la hora de probar la negligencia del deudor, es decir su incumplimiento, cuando se debe atemperar la rigurosidad del contenido de la misma (se deben permitir y realizar todas las pruebas que permite el artículo 1.215). Existirán supuestos de actividades profesionales en el que la existencia del propio hecho lesivo y su nexo de causalidad con la obligación existente hagan prueba suficiente de que el hecho está suficientemente acreditado.

¹ Vid., en este sentido, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág. 651 y PANTALEON PRIETO, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, op.cit., pág.1744, nota 79. En contra, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, op.cit; *Id.*, La

estrictamente ligados con la prestación debida¹.

Pero el problema no se acaba en este punto. Una vez que se ha demostrado que efectivamente ha concurrido una imposibilidad absoluta y objetiva, se debe pasar a probar la no imputabilidad de dicho impedimento a la persona del deudor. La mera existencia de una imposibilidad no exonera al obligado de responsabilidad, ni extingue la obligación, puesto que el ordenamiento requiere que sea fortuita. En el 1.105 habla de imprevisibilidad e inevitabilidad y en el 1.182 de "*sin culpa*". En este punto también surgen discrepancias doctrinales. ¿Qué se debe entender por imprevisibilidad e inevitabilidad?. ¿Basta probar la diligencia del deudor?. ¿Se admiten tanto los elementos subjetivos como los objetivos?. ¿Imprevisibilidad e inevitabilidad referidos a qué?. Para los seguidores de la teoría culpabilista, la medida de la previsibilidad y de la evitabilidad se encuentra en el artículo 1.104 del Código civil, es decir, que el deudor para preverlos haya empleado toda la diligencia que le era exigible atendiendo a la naturaleza de su obligación. Lo mismo ha de predicarse de la evitación del suceso, es decir, que pueda ser evitada con la diligencia prestable, empleando los niveles de esfuerzo y sacrificio

responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento, Madrid, 1994, pág. 509, criticado por PANTALEÓN en este último trabajo.

¹ Pueden servir como ejemplos los siguientes: El deudor acude el día del vencimiento a su sucursal bancaria para posteriormente dirigirse al domicilio del acreedor a realizar el pago. Mientras está retirando la suma debida sufre un ataque al corazón. No se trata de una imposibilidad total de cumplimiento, porque podrá realizar el pago posteriormente, pero debe entrar en el concepto de imposibilidad absoluta y objetiva como para paralizar o suspender temporalmente los efectos perjudiciales del incumplimiento. El deudor incumple su obligación de carácter pecuniario, que no es, por tanto, personalísimo por atender a su hijo moribundo (ejemplo tomado de PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, op. cit., pág. 1744, nota nº 79). Este supuesto ha sido contemplado en la Jurisprudencia italiana (Cass. 14 4.1975, n. 1404) y la Corte de Casación no apreció que se tratara de una imposibilidad objetiva de la prestación, pero hay que tener en cuenta que el pleito versaba sobre la resolución del contrato. Más ejemplos jurisprudenciales son los supuestos de incumplimiento del contrato de trabajo, sin previo aviso por parte del empleado, por luto familiar, el de un inquilino que, vencido el contrato de arrendamiento, se retrasa en la restitución y desalojo del inmueble arrendado, por sufrir una grave enfermedad o el caso de un refugiado político que no ha pagado el canon arrendatario por verse obligado a huir de su país por persecuciones políticas.

que tal tipo de diligencia determine¹. BADOSA, sin embargo, ha introducido una nueva interpretación del artículo 1.105 que, en principio, parece más congruente con la finalidad de la norma y que, en gran parte, ha sido aprehendida por la doctrina objetivista². Tiene en cuenta que, efectivamente, el artículo 1.105 entiende el caso fortuito como "suceso" y lo define en relación al artículo 1.104, es decir, como excedente de la diligencia ("*imprevisible*" e "*inevitable*"). Recoge su definición tradicional de *acontecimiento perjudicial y que excede absolutamente del concepto de diligencia*. Pero como "*acontecimiento*", - aclara BADOSA-, significa dos cosas: la primera es la "*concentración*" del hecho, lo que excluye el mero paso del tiempo (v.gr., art. 1.561: deterioro de la finca arrendada por el efecto del paso del tiempo). La segunda es la ajenidad, tanto respecto del deudor como de la cosa debida, lo que elimina del caso fortuito la "*consumibilidad*" de la cosa (v.gr., arts. 337.2º. 482) o su "*deteriorabilidad*" y sus "*vicios*" (V.gr., arts. 481, 615.3º., 1.687, 1.487 del Código Civil). Como *excedente absolutamente del concepto de diligencia* quiere decir que frente a él es inútil cualquier "*diligencia exigible*" independientemente de cual sea el modelo de conducta seleccionado, incluso en sus tipos y grados más exigentes. De ahí que el caso fortuito haga imposible la existencia de culpa o negligencia.

La importancia de la explicación de BADOSA radica en que pone de manifiesto la necesidad del carácter externo o ajeno del suceso. La inimputabilidad hace alusión al

¹ Vid., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág. 589.

² Vid., BADOSA COLL, *Comentario al artículo 1.105 del Código civil*, "Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia", Vol.II, pág.42 y DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.590.

la extraneidad del caso a la esfera de control del obligado. Es independiente de la diligencia empleada en la ejecución de la obligación y, *a priori*, también lo es de la previsibilidad e inevitabilidad del suceso. Ante todo, ha de tratarse de un evento extraño a la persona y al círculo de actuación y de organización del deudor. Sería caer en la tentación subjetivista apreciar la evitabilidad e imprevisibilidad sólo con referencia a la diligencia prestable, sin tener en cuenta *a priori* si se trata o no de un "suceso" que se integra en el ámbito de control del deudor. Lo que se pretende con la enunciación de un concepto general de caso fortuito es hacer hincapié en la afirmación de que el suceso ha de romper necesariamente el nexo de causalidad existente entre la conducta activa u omisiva del obligado y los daños producidos al acreedor¹.

No es éste el lugar oportuno, puesto que la investigación versa sobre la constitución en mora del deudor, para llevar a cabo un análisis de todos los impedimentos sobrevenidos que pueden darse en la realidad. Sin embargo, creo que conviene tener presente que la consideración actual de la imputabilidad de estos sucesos es absolutamente distinta a la de hace unos años y que será diferente la que se deba hacer con el transcurso de algunos más, porque el progreso científico, los rápidos avances de la tecnología y sobre todo, las exigencias de celeridad y economía del tráfico jurídico, originan constantemente un cambio en los valores jurídicos que se deben proteger y en los riesgos que las partes contratantes deben asumir o que están asumiendo al vincularse contractualmente. La propia estructura de la relación obligatoria se ha visto

¹ Es por ello, que la mayor parte de la doctrina objetivista que ha profundizado sobre el tema, tiene en cuenta a la hora, por ejemplo, de determinar si la huelga de los trabajadores fué debida a un hecho imputable al empresario o si podía preverla, cuando contrató y si pudo evitarlo, siendo absolutamente inesperada, contratando a suplentes de los huelguistas. O frente a la negativa de una autorización administrativa o de una licencia, el deudor debe agotar todos los recursos ordinarios en la vía administrativa o judicial

afectada de unos años a esta parte, ya que se trataba de una exigencia derivada de la propia transformación del mundo de los negocios. La constancia de movimientos sociales, como las huelgas de los trabajadores, la emigración, la incorporación de la mujer al mundo laboral, no permiten la suspensión de las relaciones obligatorias, ni del comercio. Los factores económicos, como la inestabilidad de la moneda, las inflaciones y deflaciones, la devaluación del valor adquisitivo, tan frecuentes en la época actual, ha producido o debe producir un cambio en el sistema y en la aplicación de los criterios de responsabilidad contractual por incumplimiento y creemos que el punto de partida consiste en relegar a su función estricta el criterio de la diligencia.

No se quiere finalizar esta cuestión sin recordar el aspecto económico de la responsabilidad contractual. FRANZONI¹ adhiriéndose a la teoría de TRIMARCHI², gran propulsor del análisis económico del Derecho, pone de manifiesto una idea que, en mi opinión merece ser recordada, porque es absolutamente necesario cambiar la visión actual de la responsabilidad contractual. La responsabilidad contractual es, en definitiva, uno de los instrumentos jurídicos que deben utilizarse para la defensa de la seguridad

¹ Vid., M. FRANZONI, *La responsabilità contrattuale (a proposito di un libro recente)*, "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1981, II, pág. 1276.

² Vid., TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, "Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile", 1970, I, pág. 513., quien lleva tiempo dedicado a poner de relieve las implicaciones económicas de los diversos criterios de responsabilidad contractual. Se pregunta el autor cuáles son los fines económicos que puede perseguirse mediante el instrumento de la responsabilidad. Y se contesta que, ante todo una mejor distribución de los recursos productivos. Efectivamente, —dice—, en todas las hipótesis de responsabilidad contractual, que constituyen la mayor parte de los casos, en las que el esfuerzo debido para cumplir la obligación (medidas de diligencia que pueden ser variadas: adopción de personal, de maquinaria cualificada, etc.) y el riesgo del daño por incumplimiento son traducibles en dinero, la amenaza de una responsabilidad contractual puede inducir al deudor a adoptar nuevas medidas de diligencia, siempre que el costo sea inferior a la consiguiente reducción de los daños de los que debe responder, y que esta misma razón sirve para el acreedor, cuando sea en grado de adoptar las medidas necesarias para reducir los daños que derivarían del incumplimiento, en el caso de que el sistema jurídico no adose por entero al deudor incumplidor los daños derivados de su incumplimiento (v.gr., concurso de culpas del deudor y acreedor).

y celeridad del tráfico jurídico. Se puede inducir, mediante una política económica y jurídica adecuada, a las partes contratantes (que son al fin y al cabo sujetos económicos en el mercado) a comportarse en el tráfico de una forma diligente y responsable. Inducirlas a llevar a cabo una redistribución idónea de los recursos económicos mediante pactos en los que la diligencia, la buena fe y la corrección se tengan en cuenta a la hora de valorar los daños causados por el incumplimiento, habida cuenta de los costes económicos que han soportado cada una de ellas para lograr la realización exacta del programa prestacional pactado. *"La responsabilidad, el daño, la diligencia y la buena fe, —explica este autor— no son otra cosa que los términos de una ecuación: y al variar su valor se obtiene el modelo de responsabilidad que mejor puede ser utilizado para lograr una óptima y más rápida distribución de los recursos"*.

Sólo a través de la represión del incumplimiento contractual se puede dejar expedita y funcional la circulación de los bienes. La renuncia a una teoría subjetiva de la responsabilidad posee también una razón práctica: la culpa hace el proceso más largo, difícil y costoso, complicando el desarrollo y multiplicando las posibilidades de litigiosidad. En la responsabilidad objetiva se trata simplemente de juzgar si el incumplimiento se ha debido o no a una causa "catastrófica" ajena a la empresa. Además, la responsabilidad basada en la culpa incitaría a las empresas no adoptar todas las medidas de seguridad que son la garantía de la buena ejecución de la prestación, porque el empresario puede esperar que algunas de estas medidas, aunque podía haberlas adoptado, serán consideradas por el juez ajenas a su diligencia prestable. Utilizando la responsabilidad objetiva, sin embargo, el ordenamiento hace recaer sobre la empresa el peso del daño que se ha producido por su mal funcionamiento, precisamente porque la

empresa, mejor que ningún otro sujeto económico, puede soportar un riesgo tan gravoso. Hay que considerar también que si se adoptase el criterio de la culpa, debería negarse la responsabilidad cuando el estado actual de la técnica no ofreciese las medidas idóneas para prevenir económicamente el riesgo de un mal funcionamiento de la empresa. En consecuencia, la responsabilidad por culpa no presiona en el progreso técnico para fomentar nuevas invenciones. La responsabilidad objetiva, sin embargo, sí posee este efecto.

II.- LAS FORMAS BASICAS DE LESION DEL DERECHO DE CREDITO.

Si se afronta este tema en el estudio de la constitución en mora del deudor es con el fin de demostrar esencialmente tres cosas: Una de ellas es la existencia de uniformidad en los remedios previstos por el legislador de 1889 para cualquier tipo de lesión del derecho de crédito. Por otro lado, se pretende demostrar que el retraso en el cumplimiento de la obligación es, en sí y por sí mismo, un incumplimiento contractual y que merece el mismo tratamiento general y el mismo régimen jurídico que las demás clases de contravención. Y en último lugar, se intentará verificar que la constitución en mora del deudor es el vehículo jurídico articulado por el ordenamiento para trasladar los riesgos fortuitos a cualquier deudor incumplidor y no únicamente al retrasado. Se trata de otro medio otorgado al acreedor insatisfecho para ejercitar la defensa del derecho de crédito ya lesionado: la colocación del deudor en una posición jurídica agravada (ya que responderá de cualquier suceso fortuito, del que anteriormente no respondía) y asegurar

de esta manera el cumplimiento definitivo y total de la prestación de un modo rápido y eficaz¹.

Tradicionalmente, se suele realizar una distinción, *prima facie*, entre las llamadas lesiones contractuales del derecho de crédito y las violaciones contractuales positivas (que introdujo STAUB, en 1904, para ampliar los tipos de incumplimientos contemplados por el B.G.B que son el de la imposibilidad de cumplir y la mora) con la finalidad de diferenciar aquellos supuestos de incumplimiento en los que lo que efectivamente existe es una no-prestación, es decir, aquellos casos en los que el deudor no ha realizado en absoluto la prestación que le incumbía realizar, de aquellas otras lesiones del derecho de crédito que se caracterizan por la realización a tiempo de la prestación pero no ajustada al programa prestacional pactado, es decir, una prestación defectuosa.

La necesidad de llevar a cabo esta primera clasificación se debió en su origen a la renuencia de ciertos sectores doctrinales, pero sobre todo jurisprudenciales, a admitir la relevancia jurídica de aquellos incumplimientos que se concretaban en una prestación defectuosa en su calidad o en el tiempo de cumplimiento. Se decía que el cumplir defectuosamente o retrasadamente, aún lesionando el derecho de crédito y el interés del

¹ Es obvio que el deudor que se encuentre en esta situación jurídica se obligará a sí mismo a cumplir cuanto antes la prestación debida, puesto que corren a su riesgo todos los fortuitos. Además, y se tratará más adelante, en caso de una indemnización posterior al estado de mora es posible que deba responder por un incumplimiento doloso, lo cual aumentaría enormemente la cuantía de la indemnización por los daños irrogados al acreedor.

acreedor en la prestación, no podía considerarse un incumplimiento contractual¹ que fuera susceptible de generar las mismas consecuencias que los incumplimientos propios o definitivos. Para tratar de fijar de algún modo el concepto de incumplimiento dentro de la teoría general de las obligaciones se introduce en nuestro país, de la mano de DIEZ-PICAZO², la siguiente clasificación de las lesiones del derecho de crédito:

1ª) Incumplimientos en los que existe una no-prestación (el deudor no ha realizado acto alguno tendente al cumplimiento de la obligación). Dentro de este grupo hay que diferenciar las siguientes hipótesis:

a) El deudor no ha realizado prestación alguna en el momento pactado para ello, pero la prestación es objetivamente posible de ejecutarse con posterioridad y cumplida tardíamente satisface en interés del acreedor. En este grupo se deben incluir todas las hipótesis de retraso en el cumplimiento. Supuestos de incumplimientos temporales, porque si no fuera posible el cumplimiento posterior o no satisficiera el interés del acreedor (término esencial o plazo final), el retraso constituiría de por sí un incumplimiento definitivo. Esta situación se caracteriza, además, por la incertidumbre existente acerca del efectivo cumplimiento posterior.

¹ Vid., en este punto, entre otros, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit.; Id., *El retardo, al mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, "Anuario de derecho Civil", 1969, pág.383; MARTINEZ CALCERRADA, *Cumplimiento defectuoso de la prestación (su inclusión en la "contravención" o cuarta causa del art. 1.101 C.c.)*, "Revista Crítica de derecho Inmobiliario", 1975, pág.1335; PINTO RUIZ, *Incumplimiento de las obligaciones civiles*, "Nueva Enciclopedia Jurídica Setx", Barcelona, 1965, pág.184.; GIORGIANNI, *L'Inadempimento*, op.cit., pág.33.

² Vid., DIEZ-PICAZO, *El retardo, la mora y la resolución de las obligaciones sinalagmáticas*, op.cit., pág.386.

b) El deudor no ha llevado a cabo la prestación prometida y, aun siendo posible objetivamente su realización tardía, ya no es idónea para satisfacer el interés del acreedor. En estas hipótesis de incumplimiento deben comprenderse aquellas obligaciones sometidas a un término esencial o final, cuya verificación da lugar a un incumplimiento definitivo (no temporal).

c) El deudor no ha ejecutado su prestación y ésta ha devenido objetivamente imposible. Sin duda, el incumplimiento habrá de calificarse de definitivo, puesto que ya es imposible satisfacer el interés del acreedor.

2º) Incumplimientos en los que ha habido una ejecución de la obligación, pero inadecuada para satisfacer el interés del acreedor por no ajustarse (cualitativa o cuantitativamente) al programa prestacional pactado por las partes. En esta clase deben agruparse todas aquellas hipótesis que se generalizan bajo el nombre de "prestación defectuosa". Si la prestación no fuera posible objetivamente de corregirse con posterioridad o ya no tuviera interés para el acreedor, el incumplimiento defectuoso sería definitivo.

El criterio utilizado para elaborar esta primera clasificación ha sido el deber objetivo del propio deudor, conectado con la satisfacción del interés del acreedor, sin entrar a juzgar las causas o elementos de carácter subjetivo que le han llevado a actuar o no actuar de este modo. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que también se pueden tomar en consideración otros criterios para enjuiciar la existencia de incumplimiento o no de la obligación. Así, por ejemplo, es importante el criterio de la

posibilidad objetiva de realizar un cumplimiento tardío, en cuyo caso se deberá hablar de incumplimientos definitivos e incumplimientos temporales. También el criterio de la *divisibilidad*, en el tiempo o en el objeto, de la obligación, en cuyo caso deberán clasificarse en incumplimientos totales o parciales (v.gr. en las obligaciones negativas y en las pecuniarias). Si, por último se tiene en cuenta las causas que motivaron la inejecución exacta de la prestación, entrando por consiguiente a juzgar la *conducta del obligado al cumplimiento*, se tendrían que clasificar los incumplimientos contractuales de dolosos y no dolosos, y en este segundo tipo se incluirían aquellos supuestos de incumplimientos debidos a negligencia e imposibilidad fortuita.

Como se puede observar, la gama de lesiones del derecho de crédito son innumerables, como lo son los casos que se dan en la realidad del tráfico jurídico. Las combinaciones pueden ser múltiples. MARTINEZ CALCERRADA¹ da buena prueba de ello cuando examina y ejemplifica algunas de estas posibilidades. Así, a título de ejemplo, habla de incumplimientos parciales por dolo (v.gr. un deudor obligado a una prestación de tracto sucesivo que, una vez iniciado el cumplimiento, voluntaria e intencionadamente lo interrumpe, o cuando entrega una parte de la cosa debida). Incumplimientos defectuosos por dolo (v.gr., la ejecución de la prestación no se ajusta intencionadamente a lo pactado). Incumplimiento parcial negligente (cuando el deudor, en el primer caso, actúa faltando al deber de diligencia prestable en la obligación concreta de que se trate) o incumplimientos defectuosos negligentes que el autor

¹ Vid., MARTINEZ CALCERRADA, *Cumplimiento defectuoso de la prestación*, op.cit., pág.1360. También, BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. Edersa, Madrid, 1990, pág.20.

denomina "*incumplimientos chapuceros*".

Con todo ésto se pone de manifiesto que el hecho de que el deudor no haya hecho nada o haya realizado la prestación pero de modo defectuoso o inexacto, ha de tener relevancia únicamente en el momento de determinar la cuantía de las indemnizaciones. Es decir, hay que moderar los efectos del incumplimiento, pero no negar desde el principio que tales lesiones no tengan importancia para el Derecho. El acreedor insatisfecho con una no-prestación, con una prestación defectuosa, con un incumplimiento temporal o definitivo, con uno parcial o total, debe gozar, sin reparo alguno, de los medios que el ordenamiento jurídico le ha otorgado para la defensa de su derecho de crédito. De otra manera, se estaría diferenciando, sin base alguna en el sistema legal de las obligaciones ni en algún principio de justicia material, a los deudores dependiendo del tipo de incumplimiento que se contemple. Si no se toma conciencia de la gravedad del problema y se reprime cualquier lesión del derecho de crédito (porque no olvidemos que se trata de una lesión efectiva, puesto que el acreedor ha debido probarla), se estará fomentando la morosidad, las prestaciones defectuosas, los comportamientos negligentes y, sin duda alguna, la litigiosidad. Es más seguro y ventajoso para el tráfico jurídico actual y para el sistema económico adoptado, acoger un concepto amplio de incumplimiento en el que se incluya cualquier violación del derecho de crédito y restringir con rigurosidad la noción de cumplimiento, suplementando tal ampliación del concepto y contenido del incumplimiento mediante

una efectiva y razonada moderación de los efectos del mismo¹.

Para defender la uniformidad de la disciplina de lo que llama el prof. PANTALEON² "*el Derecho del incumplimiento*" prevista en nuestro Código Civil, es necesario hacer una brevísima incursión por aquellos tipos de desviaciones del programa prestacional pactado (es decir, incumplimientos contractuales) más representativos: el defectuoso, el definitivo, el parcial, y el retrasado, mediante la cual se demostrará la tesis que aquí se acoge.

1.- Incumplimientos definitivos.

Se han definido estas lesiones refiriéndolas siempre a la posibilidad o imposibilidad objetiva de un cumplimiento posterior, en combinación o conexión con la idoneidad que posea un cumplimiento tardío para lograr la satisfacción del interés del acreedor. Además, hay que tener en cuenta, que se pueden tratar de supuestos de no-prestación o de prestación inexacta o defectuosa no susceptibles de un cumplimiento posterior o inidóneo para el acreedor. De este modo, se contemplan las siguientes

¹ En este sentido, BELTRAN DE HEREDIA, *El incumplimiento de las obligaciones*, op.cit., pág. 18 entiende que las fronteras de los límites del *incumplimiento* deben ser ampliadas al máximo para dar acogida dentro del incumplimiento a todas las variadas situaciones que pueden dar lugar a que aquél ocurra. Hay que tener presente, —dice—, el concepto y estructura de la obligación y su relación con el cumplimiento. Si el objeto de la obligación es la prestación y ésta consiste en un hacer o no hacer, en un acto o una omisión, en definitiva, si la prestación consiste en un *comportamiento*, en una conducta prevista, programada, sin descartar simultáneamente que el acreedor está también obligado a un determinado comportamiento correcto, hay que concluir admitiendo que el concepto de incumplimiento debe ser muy amplio; tan amplio que sea capaz de abarcar cualquier tipo de alteración, modificación, variación, perturbación...que sufra la prestación.

² Vid. PANTALEON PRIETO, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, op.cit., pág.1720.

situaciones de incumplimiento definitivo: aquella en la que llegado el momento de vencimiento de la obligación, el deudor no ha realizado la prestación debida (*no-prestación*), y ya no es posible objetivamente ejecutarla (*imposibilidad objetiva*). El caso de que el deudor llegado el cumplimiento haya realizado defectuosamente la prestación (*prestación inexacta*) y que no sea objetivamente posible corregirla (*imposibilidad objetiva*). Otra hipótesis es que el deudor no haya realizado la prestación (*no-prestación*) y que, aun siendo posible su cumplimiento tardío, éste no sea idóneo para satisfacer el interés del acreedor (*inidoneidad*), o que habiendo realizado el deudor una prestación inexacta (*prestación defectuosa*), su posterior corrección ya no satisfaga el interés del acreedor (*inidoneidad*). Por otro lado, se pueden incluir aquellos supuestos en los que sea el propio deudor el que se niegue o rechace inequívocamente el cumplimiento de la obligación, aunque ésta sea objetivamente posible y la violación de una obligación negativa. En todos estos casos, se puede afirmar que existe un incumplimiento definitivo.

El criterio de la imposibilidad objetiva de realizar una prestación tardía en sí mismo, no plantea actualmente grandes problemas de admisión en la doctrina y en la jurisprudencia (aunque sí, como ya se vió, el de su imputabilidad). Sin embargo, el de la idoneidad de un cumplimiento retrasado para alcanzar la satisfacción del interés del acreedor es objeto, todavía hoy de discusiones doctrinales.

En contra de la utilización del criterio de la satisfacción del derecho de crédito

se encuentra, entre otros, CRISTOBAL MONTES¹. Este autor critica la doctrina, introducida por DIEZ-PICAZO, de considerar el binomio *cumplimiento-incumplimiento*, tanto desde la perspectiva del deber que soporta el deudor, como desde la del derecho que ostenta el acreedor², ya que entiende que este punto de vista da lugar a dos conceptos diferentes de un mismo fenómeno jurídico. *"Algo meramente secundario, -dice-, cual es la perspectiva no puede ocasionar la aparición de dos figuras distintas y ni siquiera el ámbito de operatividad mayor o menor de un único mecanismo"*. En mi opinión, este autor cae en el error de considerar que la doctrina introducida por DIEZ-PICAZO está afirmando la existencia de dos tipos diversos de incumplimiento: el incumplimiento tradicional y la lesión del derecho de crédito y, además, que poseen dos ámbitos de actuación distintos, al igual que dos regímenes jurídicos diferentes (uno de mayor intensidad que otro).

La postura del autor esconde su pensamiento subjetivista al rehúrsese indefectiblemente a considerar el concepto de incumplimiento, también bajo la óptica del derecho del acreedor. Para CRISTOBAL MONTES, *"procede, pues, hablar de incumplimiento y no de lesión o infracción del derecho de crédito en aras a la correcta configuración dogmática del supuesto en estudio, sin que quepa, según pretende DIEZ-PICAZO, reducir la situación jurídica a un "hecho perfectamente objetivo", porque irremediabilmente habrá que atender en cada caso a la conducta del deudor en razón*

¹ Vid., A. CRISTOBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed.Tecnos, Madrid, 1989, pág.16.

² Y se pregunta además si será porque la perspectiva se traslada del deudor incumplidor por no observar la meticulosidad prevista al acreedor que recibe el contenido de la obligación en unos términos que no son exactamente los contemplados a la hora de la constitución o nacimiento de la misma, vid., *op.cit.*, pág.15

de que todo el análisis atinente a la imposibilidad de la prestación debida ha de pasar inexcusablemente por indagar cuál es el grado de participación del obligado en la producción de tal acontecimiento.

Además, si el centro de gravedad se desplaza de la no realización por parte del deudor de la prestación adeudada a la insatisfacción del acreedor, el panorama conceptual se desdibuja sobremanera, ya que habrá que considerar como supuestos de incumplimiento acontecimientos que en realidad no lo son, como el retraso en el cumplimiento o el denominado cumplimiento inexacto, pues, sin duda alguna, en uno y otro supuesto está sufriendo quebranto el derecho del acreedor. El genuino incumplimiento obligacional se circunscribe al caso de que la prestación deviene imposible, esto es, cuando objetiva o subjetivamente la conducta debida no es viable realizarla en los términos que fueron contemplados en el programa prestacional".

En este trabajo, como se sabe, se defiende, una teoría objetiva del incumplimiento, no sólo por el hecho de que se han encontrado fundamentos en el Derecho histórico y comparado para hacerlo, sino porque, como se ha puesto de manifiesto, el propio ordenamiento jurídico positivo posee suficiente base como para apoyarlo y porque es el sistema que, en las condiciones económicas y sociales actuales, defiende mejor la seguridad y operatividad del tráfico jurídico. La postura de CRISTOBAL MONTES, reacia a adoptar este sistema de responsabilidad objetivo, comienza por negar cualquier relevancia a los supuestos que no sean de incumplimiento culpable (o doloso) y, además, que sean definitivos. Niega consecuencias jurídicas, como lesión o incumplimiento que son, a la prestación defectuosa y al retraso en el

cumplimiento. Con ello, no se hace más que fomentar este tipo de incumplimientos, puesto que se están, ya no tácita, sino expresamente permitiendo esta clase de "acontecere". Pero, por otro lado, si, en realidad, según su línea de pensamiento, lo que verdaderamente es relevante para el Derecho es el comportamiento del deudor, debería bastar la prueba de la diligencia empleada o lo que el autor denomina "*grado de participación del obligado en la producción de semejante acontecimiento*", y no aceptar la objetividad de la imposibilidad de la prestación. Más tarde se descubre que la postura de este civilista es contradictoria, puesto que también advierte que "*el artículo 1.101 del Código civil tiene el inconveniente de que centra el incumplimiento de las obligaciones sobre la conducta dolosa o culposa del deudor, sin advertir que el punto referencial en tema de incumplimiento no es el factor del comportamiento del obligado, sino el objetivo de la imposibilidad de la prestación. Otra cosa, -dice-, es que constatada ésta, haya de indagarse cuál ha sido la participación del deudor en su producción al objeto de dirimir responsabilidades, pero de ahí no cabe derivar que lo que debe contemplarse en primer y principal plano a la hora de plantear la inejecución de una obligación sea el dolo o la negligencia del deudor. A ello se llegará en su momento, pero por la vía consecuencial, cuando proceda exigir responsabilidades en base al cumplimiento acaecido*". Pues bien, hasta ahora parecía que existía algún autor en la doctrina española actual que negaba relevancia jurídica a cualquier incumplimiento que no fuera culpable, además de definitivo. Sin embargo, y sólo en cierta medida, este autor adopta a continuación la tesis sustentada por JORDANO FRAGA¹ quien, influido por la teoría de OSTI, sostiene que mientras subsista la posibilidad objetiva de cumplir la obligación,

¹ Vid., *La responsabilidad contractual*, op.cit.

el deudor responde, sin necesidad de acudir a ningún criterio de carácter subjetivo.

En mi opinión, es conveniente seguir la teoría de DIEZ-PICAZO, porque la inejecución o ejecución inexacta de su deber por parte del deudor, tiene su correlativo en la insatisfacción del interés del acreedor y el contenido de la relación obligatoria ha de contemplarse en su totalidad, si no se quiere caer en la tentación de proteccionismos injustificados hacia una de las partes contratantes (ni el *favor debitoris* tan extensamente defendido por aquella parte de la doctrina que sólo contempla la relación obligatoria desde la perspectiva del deudor, ni el *favor creditoris*, en el que, a veces caen, los objetivistas).

El incumplimiento definitivo de la obligación genera la responsabilidad del deudor. Responsabilidad que se traduce en la facultad del acreedor de ejercitar distintas acciones tendentes a la protección de su derecho de crédito. Entre ellas, principalmente, se encuentran la pretensión de cumplimiento dirigida a obtener por vía judicial que le sea impuesto al deudor la ejecución de lo debido (que seguramente no ejercitará, puesto que por definición el definitivo es un incumplimiento no susceptible de purgarse con el cumplimiento posterior). El cumplimiento por equivalente, cuando el cumplimiento *in natura* haya devenido imposible¹. Estas acciones forman parte de la ejecución forzosa de la obligación, cuyo fundamento es la sujeción del deudor y de su patrimonio al poder

¹ La naturaleza de esta acción se tratará más adelante, porque, en principio, no se ve problema alguno en afirmar la posibilidad de solicitar el cumplimiento por equivalente (que se concretaría en la *aestimatio rei*) independientemente de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento definitivo. Quizá el acreedor prefiera el valor de la cosa debida que la restitución de la entregada. Sin duda, y eso se defiende aquí, los fundamentos de la acción de daños y de la acción de cumplimiento son distintos, y es por este motivo, por el que, *a priori* se acepta la posibilidad de solicitar el cumplimiento por equivalente en cualquier caso en que la obligación haya devenido imposible.

coactivo del acreedor que nace de la propia relación obligatoria (arts. 1.094 a 1.099 del Código civil y 991 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil)¹. Además, y de manera independiente a las anteriores, el acreedor puede ejercitar la acción de indemnización de los daños y perjuicios, para lograr la compensación de aquellos que pruebe que se le han irrogado directamente por el incumplimiento si es no doloso, o todos lo que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento, si prueba que el deudor no cumplió su obligación deliberadamente.

Hasta aquí, las medidas de defensa del derecho de crédito comunes a cualquier tipo de relación obligatoria. Sin embargo, hay que hacer alusión a la resolución contractual y a la excepción de cumplimiento que pueden ejercitarse y oponerse respectivamente cuando se trata de obligaciones sinalagmáticas. El artículo 1.124 del Código civil permite al contratante lesionado por el incumplimiento de la otra parte interponer la acción de resolución para disolver el vínculo obligatorio. Esta facultad que se le otorga al acreedor posee un carácter implícito, lo cual hace pensar a la doctrina mayoritaria que se trata efectivamente de una facultad y no de una condición resolutoria tácita. Dado, además, que su consecuencia es la extinción del vínculo contractual, el propio precepto articula la facultad moderadora de los Tribunales, que podrán por razones "*justificadas*" señalar un plazo para el cumplimiento de la obligación, transcurrido el cual, sin que se haya ejecutado la prestación, automáticamente se entenderá disuelto el contrato.

¹ Dado que el estudio de esta figura corresponde fundamentalmente al Derecho Procesal no será tratado (más que para las obligaciones pecuniarias) en este trabajo, pero nos remitimos a lo que de ella explica DIEZ-PICAZO en *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.680.

La facultad de resolución implícita en las obligaciones bilaterales ha sido, desde antiguo, motivo de grandes discusiones doctrinales. La jurisprudencia no ha ayudado a solventar estas diferencias puesto que, haciendo uso de la facultad valorativa que le otorga el último párrafo del artículo 1.124, periódicamente ha introducido nuevos requisitos para desestimar las demandas y recursos tendentes a la resolución. De este modo, se ha pasado de considerar la resolución contractual como una facultad del acreedor insatisfecho (casi ilimitada) a estimar que debe ser un recurso excepcional. Se impone para la solución de este problema, en mi opinión, y siguiendo la de DIEZ-PICAZO¹, antes que nada, una determinada protección del contratante que sufre el incumplimiento, que como medida de protección que es no va necesariamente ligada con la idea de sanción, ni con la idea de culpabilidad. Sobre los requisitos exigidos tradicionalmente para el ejercicio de la facultad resolutoria se hablará más profundamente al final de este capítulo.

Por último, se ha de tratar de la *perpetuatio obligationis* o traslación de los riesgos fortuitos al deudor incumplidor. Este remedio, que se articula en el ordenamiento a través de figura de la constitución en mora del deudor, se otorga al acreedor que haya interna o externamente (extrajudicial o judicialmente) optado por el cumplimiento posterior de la obligación. En este caso, parece lógico que no se haga pesar sobre el acreedor la carga de los riesgos fortuitos que, en principio², hasta el momento del

¹ Vid. *Fundamentos del derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.705.

² Digo "en principio" porque como se verá más adelante, sólo corren a cargo del acreedor aquellos sucesos sobrevenidos que imposibilitan el cumplimiento por parte del deudor que, efectiva y objetivamente, tengan la consideración de fortuitos, y no aquellos otros que se deban a culpa (o dolo) del deudor (que, además, se presume cuando tratándose de obligación de dar cosa cierta ésta se encuentra en su poder) o a un pacto entre las partes en el que éste asuma todos los riesgos.

incumplimiento corrian a su costa (*periculum obligationis est creditoris*). El legislador, mediante el acto de constitución en mora, regula esta posibilidad de traslación de riesgos, lo que significa, en la práctica que desde el momento en que el deudor se entienda constituido en mora, no podrá exonerarse de responsabilidad, ni su obligación se extinguirá por cualquier tipo de imposibilidad sobrevenida. No se trata de una sanción al deudor, como tradicionalmente viene entendiendo la doctrina, por el hecho de haber incumplido (como tampoco poseen esta naturaleza los otros remedios descritos), sino de un medio más de defensa del derecho de crédito lesionado. Para que el contratante insatisfecho ejercite esta facultad no es necesario acudir, desde mi punto de vista, a criterio subjetivo alguno, ni requerir que el incumplimiento sea de un tipo determinado. Siempre que el acreedor haya optado por el cumplimiento tardío de la obligación, porque con él verá satisfecho su interés, tendrá la posibilidad de constituir en mora a su deudor. En algunos supuestos, es el propio legislador quien expresamente atribuye el riesgo de los casos al deudor al asumir la obligación (art.1.100.1º del Código Civil), otras, serán las partes contratantes quien, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, regulen convencionalmente la aplicación y funcionamiento de este remedio y existen, además, algunos tipos de obligaciones que por su propia naturaleza y circunstancias, llevan implícita la atribución de los mismos. Este medio de defensa del derecho de crédito del acreedor se ha tratado en último lugar, porque no actúa en los incumplimientos definitivos, ya que no tiene sentido trasladar al deudor los riesgos de los casos fortuitos, si lo que el acreedor exige es la resolución del vínculo contractual. Pero, naturalmente si optase, aunque es un caso "de laboratorio" por el cumplimiento por equivalente (cuestión que todavía se debe analizar), no habría motivo alguno para negar la posibilidad de una constitución en mora hasta que el deudor pagase la suma

adeudada en concepto de *aestimatio rei*. Otra posibilidad que hay que analizar es la de la constitución en mora del deudor que ha sido condenado judicialmente al pago de la indemnización correspondiente a los daños y perjuicios que su incumplimiento definitivo ha irrogado al acreedor.

2.- Incumplimientos defectuosos.

Por incumplimiento defectuoso se entiende todo aquella prestación realizada por el deudor que no cumple las condiciones de integridad e identidad del pago, también a los vicios o defectos que pueda tener el objeto de la prestación, o que no fué ofrecida a las personas que debían recibirlo o que no se corresponde con las circunstancias de lugar o tiempo de cumplimiento pactados (si se refiere al tiempo, deberá pensarse en el pago anticipado y no en el retraso, puesto que una de las características esenciales del incumplimiento defectuoso es el que ha habido actuación tendente al cumplimiento por parte del deudor aunque éste no ha extinguido el vínculo obligatorio que le une al acreedor por haber realizado una prestación inadecuada). Incumplimiento defectuoso que se traduce en definitiva en una prestación mal ejecutada, porque no se ajusta en alguna medida al programa prestacional que habían pactado las partes en el momento de la celebración del contrato. Para estimar defectuosa una prestación, no es necesario, tampoco, hacer alusión a ningún criterio subjetivo. El pago que no se corresponda o que se desvíe de las coordenadas convenidas en el acto de constitución de la obligación deberá estimarse defectuoso y, consecuentemente, incumplimiento contractual.

La responsabilidad del deudor sigue los mismos criterios que se han explicado más arriba. Se trata de una responsabilidad objetiva. El acreedor no está obligado a recibir la prestación defectuosa (art. 1.166 C.e), y parece, por tanto, que si el propio acreedor acepta la prestación defectuosa, sin oponer reparo alguno, el deudor se habrá liberado de su obligación. En este supuesto, como acertadamente dice BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO¹, lo que se habrá celebrado es un nuevo convenio utilizando un sustitutivo del pago (v.gr. *datio in solidum*).

Desde hace algún tiempo, la doctrina incluye los supuestos de prestación inexacta en la llamada *cuarta causa* del artículo 1.101 del Código Civil, es decir, en "*los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas*" (de las obligaciones)². Sin embargo, y aunque ésto es correcto, en mi opinión, tiene razón BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS³ en afirmar que no es necesario encasillar este tipo de contravenciones en el estricto tipo de la *cuarta causa* y que hay que relacionar la alusión que se hace en el artículo 1.101 con la que se hace en el 1.098 del Código civil. Es decir, se deben poner en conexión ambos artículos, porque en el 1.098 se dice: "*Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Estos mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho*". En consecuencia, al igual que en cualquier otro caso de incumplimiento, el deudor de una obligación defectuosa será

¹ Vid., BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS que lo cita en *El incumplimiento de las obligaciones*, op.cit., pág.61.

² Vid., MARTINEZ CALCERRADA, *Cumplimiento defectuoso de la prestación*, op.cit., pág. 1371.

³ Vid., ob.cit., pág.68.

responsable de él y deberá indemnizar los daños causados, en la medida que el acreedor los pruebe, además de estar obligado a cumplir (que puede verificarse en una posterior corrección de lo mal hecho o bien tener que realizar una nueva y correcta prestación), si el acreedor así lo solicita (acción redhibitoria) o, incluso, si éstas medidas no satisfacen el interés del acreedor, podrá optar por la resolución del vínculo que le une al deudor. Esta posibilidad, además de entrar en el supuesto de hecho del artículo 1.124 del Código civil, viene expresamente reconocida en el artículo 1.486 para los vicios ocultos derivados del contrato de compraventa. De la regulación que se lleva a cabo en el ordenamiento de los vicios ocultos, la doctrina ha extraído la regla general de que es necesario que el defecto de la prestación posea la envergadura suficiente para que la cosa resulte impropia en relación con el uso a que se destina. Es decir, que se produzca de algún modo, en todo o en parte, una frustración de la finalidad perseguida por el contrato y del interés del acreedor¹. La resolución, según esta línea de pensamiento, tiene un carácter excepcional con el fin de evitar las conductas abusivas y contrarias a la buena fe, por parte de los acreedores. Sin embargo, en mi opinión, se debe admitir con carácter general la posibilidad de ejercitar la acción de resolución del contrato por incumplimiento defectuoso, y aplicar en aquellos casos en que la conducta del acreedor no este justificada (por la mínima envergadura de la inexactitud o porque efectivamente con la corrección de la defectuosidad se alcanza el fin perseguido con el contrato) la excepción del tercer párrafo del artículo 1.124, es decir, que el tribunal fije por motivos "justificados" un plazo para la corrección o la realización de una nueva prestación ajustada al programa prestacional pactado. Para ello, es necesario justificar la decisión,

¹ Vid., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.666

como ordena el precepto, y que el término pactado en el contrato para el cumplimiento no fuera esencial.

Por último, también en todos aquellos supuestos de prestación defectuosa que pueda corregirse, es decir, que sean susceptibles de un cumplimiento tardío, posterior al fijado, el acreedor está legitimado para constituir en mora, desde ese momento al deudor, y traspasarle los riesgos fortuitos a que puede verse expuesta la relación obligatoria. Por ejemplo, que ya no hubiera existencias en el mercado de la pieza que se debe reparar, que el deudor hubiera asumido anteriormente otros trabajos pendientes de realizar, que los auxiliares del deudor estén de vacaciones, que la empresa del deudor se declare en quiebra.

3.- Incumplimientos parciales o divisibles.

Se ha introducido en la clasificación de las lesiones del derecho de crédito este tipo, porque explica mejor aquellos supuestos de incumplimiento de una obligación negativa, además del de las pecuniarias y cualquier otro tipo de obligación que sea susceptible de dividirse objetivamente bien en su objeto, bien en el tiempo de cumplimiento.

Tradicionalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia, vienen exigiendo que las obligaciones pecuniarias sean líquidas para poder ser exigibles. Se dice que nada se puede pagar si no se sabe cuánto se debe y que no existe liquidez si para averiguar la

cuantía de la deuda se necesita seguir un juicio. Pero lo cierto es que, como dice DIEZ-PICAZO¹ el que sabe que debe algo y no paga nada, no obra bien ni su conducta se ajusta a Derecho. En una obligación dineraria, que por su propia naturaleza goza del carácter de divisible, no cabe alegar la iliquidez absoluta de la deuda por varios motivos. En primer lugar, porque el Código civil no requiere, de modo general, que la obligación haya de ser líquida absolutamente (liquidez en sentido estricto) para que surja la obligación de pagarla. La liquidez no es una *condicio sine qua non* de la exigibilidad de la deuda. En segundo lugar, si existiese una iliquidez total de la obligación ésta en sí misma no existiría, porque el artículo 1.273 del Código civil expresamente establece que, aunque *el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie, la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes*. En consecuencia, si la determinación de la cuantía de la prestación no fuera posible establecerla sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes, el contrato carecería de uno de los elementos esenciales para su validez. Es difícil, por ello, alegar la iliquidez total y absoluta de la deuda. Pero, además, el artículo 1.169 que establece que al acreedor no se le puede obligar a recibir pagos parciales, realiza una excepción a esta regla para aquellas obligaciones, susceptibles de dividirse, en que la deuda tenga una parte líquida y otra ilíquida. Dice el precepto: *"Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda"*. Como afirma CRISTOBAL

¹ Vid., *op.cit.*, pág.631.

MONTES¹, se trata de una regla muy conveniente para evitar que, con la excusa de la falta de liquidez de una parte del débito (como frutos, intereses o gastos), se retrase deliberadamente en el pago de la parte ya líquida. Es una norma dictada en favor de ambos contratantes, pues tanto el deudor puede alegar la máxima "*in illiquidis non fit mora*", tan incomprensiblemente aplicada por la jurisprudencia, como el acreedor puede negarse a recibir la entrega que pretende el deudor y retrasar maliciosamente la liberación del mismo.

El artículo 1.169 establece el principio de la indivisibilidad del cumplimiento (en este mismo sentido el art. 1.157), lo que da lugar a que el acreedor tenga derecho a que éste se realice en un solo acto. No obstante este principio, legalmente reconocido, es posible que la obligación sea y se cumpla como divisible, para lo cual no basta sólo la susceptibilidad de su división, sino que se requiere también, como pone de manifiesto HERNANDEZ GIL², que se excluya la vigencia del principio general de la indivisibilidad del cumplimiento. Esto se puede llevar a cabo en virtud de un pacto expreso (inciso primero del art.1.169) convenido en el acto de constitución de la obligación o en otro posterior al contrato. Incluso, se puede admitir una voluntad tácita de divisibilidad, cuando la conducta del acreedor refleje una voluntad clara e inequívoca de aceptar un cumplimiento parcial. *"Ahora bien, -aclara el civilista-, la aceptación de pagos parciales no entraña la novación en cuanto al resto. O sea, aceptado un*

¹ Vid., CRISTOBAL MONTES, *Comentario al art.1.169, "Comentarios del Código Civil del Ministerio de Justicia", op.cit., pág.199.*

² Vid., A. HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones, "Obras Completas", tomo 3, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1988, pág.251.*

fraccionamiento, se habrá producido un pago parcial, pero el deudor no puede pretender para el futuro el mismo régimen de fraccionamiento. Por tanto, la diferencia entre la autorización o declaración expresa y la meramente resultante de la conducta radica en que aquélla puede previamente configurar un sistema de cumplimiento mediante pagos parciales, mientras que esta otra únicamente legitima el cumplimiento parcial como hecho consumado".

La introducción de los incumplimientos parciales en la clasificación de los tipos de lesión del derecho de crédito también tiene su razón de ser desde el punto de vista de las obligaciones negativas o de no hacer. Desde hace algún tiempo, un sector doctrinal ha empezado a vislumbrar la posibilidad de la constitución en mora por el incumplimiento de este tipo de obligaciones. DIEZ-PICAZO¹ opina que la tesis de que no cabe la mora en las obligaciones negativas es indiscutible cuando el comportamiento debido, contemplado en el programa prestacional pactado, es la continuación inmodificada de una situación ya existente al constituirse la relación obligatoria. En tales casos, si la situación continúa inmodificada, hay cumplimiento y se modifica, no hay retraso, sino incumplimiento. Sin embargo, la situación no es la misma –desde el punto de vista del civilista– cuando el contenido de la prestación es un *non facere* del deudor que debe comenzar en un determinado momento o producirse a partir de él. Es posible imaginar casos en que la situación de incumplimiento de una obligación negativa no presente carácter definitivo y respecto de los cuales el deudor pueda de buena fe confiar en un plazo de tolerancia del acreedor. Siempre resta la idea general, –a juicio de

¹ Vid., *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, op.cit., y *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.627.

DIEZ-PICAZO—, de que cuando un *non facere* debe comenzar a partir de un determinado momento, el fenómeno de la continuación del *facere* anterior puede considerarse como simple retraso, sino está revestido de carácter definitivo y puede considerarse legítimo desde el punto de vista de la buena fe.

En mi opinión, para tratar de solucionar el problema de las obligaciones negativas hay que preguntarse antes de nada la finalidad que cumple en nuestro sistema la constitución en mora del deudor y el acto de la interpelación (cuando ésta es necesaria). No se puede resolver desde la óptica de la posibilidad o imposibilidad de un cumplimiento posterior de la obligación negativa o de no hacer, porque, en esencia, se trata de abstenerse de realizar un acto determinado. El acto en el que consiste la obligación puede tener un carácter duradero en el tiempo o tratarse de un cumplimiento instantáneo. Pero el solo hecho de realizarlo, sea en un tipo u otro de obligación, es contravención en sí misma. El deudor de una obligación de no hacer de cumplimiento continuado, que en un momento determinado de la relación realiza aquello que se había comprometido a no hacer ha incumplido y es incumplimiento definitivo que no es susceptible de purgarse con un cumplimiento posterior correcto y adecuado. Al ser de larga duración, podrá seguir obligado, como lo ésta el deudor que realiza un cumplimiento parcial, a cumplir con su obligación, si así se lo reclama el acreedor (acción de cumplimiento) o resolverse el vínculo contractual, porque aquél no satisface el interés del mismo. Pero, por otro lado, y esta es la razón más importante para negar esta tesis, no se encuentra sentido alguno a acoger la constitución en mora del deudor de una obligación negativa, si se piensa, como aquí se hace, que ésta tiene única y

exclusivamente la finalidad de traspasarle los riesgos al deudor incumplidor, porque: ¿qué riesgos de imposibilidades sobrevenidas pueden afectar a una obligación de no hacer?, ¿cómo se puede el deudor ver compelido fortuitamente a hacer aquello que se ha comprometido a no hacer?.

Creo que no es posible hablar de imposibilidad sobrevenida fortuita (en el concepto que se ha sostenido en este trabajo) de una obligación negativa. Quien hace lo que no debe incumple y no puede purgar su incumplimiento con una posterior no-actividad. Lo ya hecho está hecho y la lesión del derecho de crédito producida. Podrá seguir obligado, pero nada más.

La inserción de este tipo de incumplimiento quizá haya aclarado, porque era ésta la finalidad que se perseguía, el funcionamiento uniforme de los medios de defensa del derecho de crédito. Algunos, como la *perpetuatio obligationis* o la pretensión de cumplimiento, sólo tienen sentido en aquellos supuestos de contravención de la obligación que sean susceptibles de purgarse mediante un cumplimiento tardío o posterior. Otros, como la resolución, cuando no existe interés o posibilidad de satisfacer el interés del acreedor. Y, la indemnización de los daños y perjuicios causados por la lesión, en todo caso, puesto que su función es resarcitoria o compensatoria.

4.- Incumplimientos retrasados o temporales.

Hasta hace relativamente poco tiempo, el retraso en el cumplimiento no se

consideraba en nuestra doctrina un tipo de lesión del derecho de crédito independiente y susceptible de provocar consecuencias jurídicamente relevantes. Se estimaba que entraba en el concepto de cumplimiento o prestación defectuosa, y que sólo tenía relevancia para el Derecho aquel retraso que hubiera ido precedido de la constitución en mora. Sin embargo, en relativamente poco tiempo empezaron a alzarse voces a favor de la importancia de lo que se llamó el *"simple retraso"* en la resolución contractual. Esta nueva línea de pensamiento nació, seguramente, por la necesidad de poner coto a los innumerables requisitos que los tribunales exigían para estimar disuelto el vínculo contractual. Se decía, y de ello hace un estudio DIEZ-PICAZO¹, que *"el mero retraso no equivale al incumplimiento verdadero y propio en orden a la resolución contractual"*. Sin embargo, como descubre este autor ya en el año 1969, en realidad, nunca existió la decisión jurisprudencial (precedente jurisprudencial), tan citada en las sentencias y en los trabajos doctrinales posteriores, que basase la desestimación del recurso en esta idea. Lo que sí dijo el Tribunal Supremo en 1935 es que *"el mero retraso, en algunos casos, no equivale al incumplimiento en orden a la resolución, porque el retraso no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido en el negocio, ni permite atribuir a la parte adversa un interés jurídicamente protegible en que se decrete la resolución"*². Esta máxima jurisprudencial, extraída de la sentencia de 5 de enero de

¹ Vid., *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, op.cit., pág. 394 y ss.

² El origen de esta doctrina, según explica DIEZ-PICAZO, *El retardo, la mora y la resolución de las obligaciones sinalagmáticas*, op.cit., pág. 394, se encuentra en el caso de "Pellicer Simó, c. Banco de Reus". La actora, su hijo y dos sociedades mercantiles, una de ellas en suspensión de pagos, habían sido deudores del Banco como consecuencia de la emisión y descuento de varias letras. En 1927, la actora celebró un convenio con el Banco, por virtud del cual el Banco renunciaba a las acciones que ostentaba contra sus deudoras, reservándose únicamente las que tenía contra la entidad suspensa. La actora se obligaba a indemnizar al Banco en la cantidad de 150.000 pesetas por las pérdidas o perjuicios que pudiera sufrir si en un plazo de cinco años no hubiese podido conseguir el reintegro completo de su crédito. Para garantizar esta obligación, la actora constituía un depósito de metálico sin interés de las 150.000 pesetas, estipulándose que, como quiera que para efectuar dicho depósito, había tenido que recibir un préstamo del Banco de Cataluña, el demandado tomaba

1935, fué simplificada, en posteriores pronunciamientos en la regla que se conocía como "el simple retraso no equivale a incumplimiento verdadero y propio".

Son muchos los autores que defienden la autonomía e independencia de la resolución del contrato como medio defensa del acreedor insatisfecho. Es decir, que su ejercicio no necesita de requisito alguno, más que de un incumplimiento de la obligación y el correspondiente cumplimiento de la que le incumbe a quien la reclama. DIEZ-PICAZO¹ en este punto es claro: *"El condicionamiento jurisprudencial de que el retraso en el cumplimiento justifica la resolución del contrato cuando determina en el otro contratante un interés atendible en la resolución, en sus estrictos términos literales encierra un claro arbitrio judicial en torno a la resolución. Y aunque en el origen histórico del instituto de la resolución hay un amplio margen de discreción del juez, que los tribunales franceses han señalado reiteradamente y que en nuestro Derecho asoma en el inciso final del artículo 1.124, nuestra jurisprudencia, a lo largo de casi noventa años, ha ido realizando una labor de objetivación que merece ser continuada. ¿Cuál puede ser el "interés atendible" que hace del retraso una causa que justifica la resolución?. La STS de 5 de enero de 1935 recurrió, aunque muy lateralmente, a la idea*

a su cargo la obligación de pagar los intereses de dicho préstamo. En 1931, el Banco de Reus se declaró en suspensión y no había pagado tales intereses. La actora pedía la resolución del contrato de 1927 y la restitución del depósito de las 150.000 pesetas. La demanda resultó en definitiva desestimada y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. La primera razón que el Tribunal Supremo esgrime era el del carácter recíproco o sinalagmático de las obligaciones. Sin embargo, el Tribunal no quiere profundizar en el tema y prefiere decir que en todo caso se trataría de un retraso del Banco que no justifica la resolución: "El mero retraso en el pago no siempre implica que se haya frustrado el fin práctico perseguido por el negocio, ni que la parte adversa tenga un interés atendible en que se decrete la resolución. El retraso que pudiera significar el no haber efectuado a su debido tiempo el abono en cuenta de dichos intereses no podría justificar el ejercicio de la acción resolutoria por la demandante, que no ha sufrido perjuicio alguno por ese retraso y que requirió a la otra parte para la resolución después de haber ya ésta realizado el pago".

¹ Vid., *El retardo, la mora y la resolución de las obligaciones sinalagmáticas*, op.cit., pág.395.

de perjuicio. El retraso no podía justificar la acción resolutoria, porque el demandante no había sufrido perjuicio alguno. Sin embargo, el perjuicio puede ser presupuesto del derecho a recibir una indemnización, pero nunca de la facultad de resolver".

Innumerables sentencias posteriores a esta primera, que dió lugar a la simplificación absoluta de la regla de que no es suficiente un mero retraso para la resolución del contrato, se decantan por esta idea. Basta el simple hecho del retraso, como incumplimiento contractual que es, para justificar la acción resolutoria y excepcionalmente el Tribunal Supremo hacía uso de la facultad discrecional que le otorga el artículo 1.124 para negarla. Del estudio pormenorizado de todas ellas, DIEZ-PICAZO extrajo una idea importante de resaltar aquí: *"No obstante los términos generales en que está concebida la doctrina, no es el incumplimiento definitivo la única causa de resolución del contrato, sino que la resolución se admite también aunque el incumplimiento sea no-definitivo y pueda por ello, grosso modo, considerarse como un retraso o retardo en la ejecución de la obligación. Este retardo o retraso no exige, en línea de principio, ninguna cualificación especial, determinada por una especial voluntad del deudor que sea deliberadamente rebelde, ni tampoco una frustración del fin del negocio. Más bien ocurre al contrario: determinados casos de retraso quedan excluidos o exonerados de la sanción resolutoria cuando aparecen de algún modo justificados.*

Pero, aún estando hoy en día casi unánimemente admitido que basta el hecho del incumplimiento retrasado para ejercitar la acción de resolución, es decir el retraso como incumplimiento verdadero y propio, se discute si es necesaria la constitución en mora.

Es decir, un retraso en el cumplimiento cualificado por la constitución en mora del deudor. Para resolver este problema, hay que remitirse, una vez más, al trabajo de DIEZ-PICAZO¹, porque, a mi juicio, es el autor que más claramente en nuestra doctrina ha vislumbrado la esencia del problema. Según este civilista para solucionar el problema de la necesidad o no de la constitución en mora del deudor para ejercitar la acción de resolución del contrato, es necesario averiguar *a priori* la función y naturaleza de la acción resolutoria y la finalidad de la constitución en mora en nuestro ordenamiento jurídico. Sólo cuando se sepa a ciencia cierta la función que desempeñan estos dos institutos jurídicos se podrá afirmar o negar tal necesidad.

Se ha dicho reiteradamente, por una mayoría de los autores, que la acción de resolución posee naturaleza sancionatoria o punitiva. Al deudor que no cumple su obligación, tal y como se previó en el acto constitutivo de la misma, se le sanciona con la resolución y es por ello, que debe ir precedida de la constitución en mora, porque la constitución en mora del deudor incumplidor fija el momento en que es considerado por el ordenamiento responsable jurídicamente de su incumplimiento. Por lo tanto, la responsabilidad contractual del deudor deriva de la mora y no del retraso.

La primera crítica que recibe o debe recibir esta argumentación, por todos aquellos que se consideran, en esta materia, objetivistas, es la referente a la naturaleza de la acción de resolución. Ante todo, no es posible configurarla como una sanción,

¹ Vid., *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalágmaticos*, op.cit., pág. 399.

puesto que se admite en los supuestos en que la prestación ha devenido sobrevenida y fortuitamente imposible de realizarse. No existe en ellos dolo, ni culpa en el comportamiento del deudor y, sin embargo, se permite su ejercicio. El segundo párrafo del artículo 1.124, además, prevé la resolución contractual cuando, incluso habiendo optado el acreedor por el cumplimiento, la prestación deviene imposible (*ius variandi*). De ello, se extrae una conclusión clara: el incumplimiento del artículo 1.124 del Código civil no tiene porqué ser un incumplimiento imputable. Para actuar la resolución contractual basta el hecho del incumplimiento. El artículo 1.124 establece expresamente que se podrá resolver (facultad) el contrato, cuando uno de los obligados *no cumpliere aquello que le incumbe*. Por otro lado, la base de la acción resolutoria es una "anomalía funcional sobrevenida"¹, que impone una responsabilidad contractual determinada, pero se impone, ante todo, una determinada protección al contratante cumplidor, permitiéndole desligarse del vínculo que le une al deudor². Además, es preciso tener en cuenta que se trata de un remedio jurídico otorgado por el legislador únicamente para las obligaciones sinalagmáticas. La finalidad es proteger no ya al acreedor (que se recuerda que es quien cumplió a su debido tiempo y de forma exacta o quien se allana a cumplir en el momento que se ha previsto en el contrato), sino el propio sinalagma de la obligación, la interdependencia o el nexo causal entre los dos deberes o las dos

¹ Vid., DIEZ-PICAZO, *El retardo, la mora y la resolución de las obligaciones sinalagmáticas*, op.cit., pág.399.

² En este punto DIEZ-PICAZO dice que la específica sanción del incumplidor es el deber de resarcimiento, pero no la resolución. A mi juicio, como ya dije más arriba, no existe más sanción en nuestro ordenamiento que la que se le impone a los deudores dolosos por su especial conducta reprochable, por su comportamiento deliberadamente contrario a Derecho. La indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento poseen, en principio, una naturaleza compensatoria, puesto que las partes al contratar han previsto o debido prever todas las anomalías que podían afectar a su relación obligatoria. Es por ello, que el límite de la responsabilidad contractual y de la cuantía indemnizatoria se fija en lo que las partes han previsto o podido prever (y evitar) al tiempo de la celebración del contrato.

prestaciones que sólo funcionan en relación "íntima" (ya sea un sinalagma genético o funcional). No se quiere traer a colación los argumentos de justicia material y equidad que hay que alegarlos, sino de lógica jurídica. Y no la tiene el exigir que la parte contratante que sufre el incumplimiento (ya sea fortuito, ya sea imputable) deba continuar obligado por el contrato, cuando tal continuación no satisfará su interés jurídicamente protegible. La resolución, además, trae consigo la restitución de lo percibido y, en ese caso, no parece que ninguna de ambas partes contratantes resulte perjudicada con ella y si le es, siempre cabe la indemnización del perjuicio, según el art. 1.124 C.c. Pero es que, a mayor abundamiento, no se puede exigir la previa constitución en mora para poder ejercitar una facultad, la resolutoria, que se entiende implícita, arguyendo que es necesaria para fijar o dar certidumbre al incumplimiento. El incumplimiento se prueba, según los artículos 1.214 y siguientes del Código civil, con el hecho positivo de la existencia de una obligación vencida y exigible, por cualquier medio probatorio fehaciente que acepte el ordenamiento (documentos, confesión, inspección personal del juez, peritajes, testimonios y presunciones). Si la constitución en mora tuviera como finalidad la de fijar el momento de la responsabilidad del deudor por su incumplimiento debería ser exigido para cualquier tipo de incumplimiento y no únicamente para el retrasado, ¿o es que el defectuoso, el parcial o el definitivo concretan el momento en que surge la responsabilidad?. Tiene razón DIEZ-PICAZO¹ cuando dice que para que el deudor incumpla no es menester que el acreedor le haya reclamado el cumplimiento. Esta proposición es cierta, pero, a mi juicio, lo erróneo es considerar que la constitución en mora tiene como finalidad reclamar el cumplimiento de la obligación.

¹ Vid., *El retardo, la mora y la resolución de las obligaciones sinalagmáticas*, op.cit., pág.400.

Es verdad que tener lugar cuando se reclama el cumplimiento, porque, al fin y al cabo esa es la esencia o contenido de la interpelación (en principio, necesaria para la constitución en mora), pero no lo es que la constitución en mora tenga como finalidad reclamar el cumplimiento. Con la constitución en mora se le trasladan al deudor, durante el tiempo que tarde en cumplir definitivamente su obligación o mientras no lo haga, los riesgos fortuitos que puedan afectar al exacto cumplimiento de la misma. Ello, sólo puede tener lugar cuando se está en presencia de un incumplimiento susceptible de cumplimiento posterior, de un incumplimiento temporal, porque de lo contrario (imposibilidad objetiva de la prestación o inidoneidad para la satisfacción del interés del acreedor) no se reclamará el cumplimiento, sino que directamente se optará por la resolución del contrato. Es lógico que la única manera de trasladarle al deudor los riesgos de la prestación, cuando no los tiene ya atribuidos (por ley, por convenio o por la propia naturaleza de la obligación) es reclamándole el cumplimiento, porque, con anterioridad a este momento a nada está obligado, ni el acreedor nada le puede exigir. Esta idea es necesaria dejarla bien clara: Cuando las partes contratantes celebran un contrato, en virtud del cual se comprometen a ejecutar una o unas determinadas prestaciones, si nada han pactado acerca del momento de cumplimiento, se entiende que estas deben ser realizadas inmediatamente (art.1.113 C.c.), es decir, desde ese instante ambas partes están obligadas a cumplir lo pactado, sin necesidad de presupuesto añadido alguno. Sin embargo, si han pactado un plazo inicial o suspensivo¹ para su

¹ También si se ha pactado una condición suspensiva, porque como dice DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.353, "cuando una relación obligatoria ha quedado sometida por obra de la voluntad de las partes a una condición, que funciona como condición suspensiva, la producción del evento puesto en condición opera como requisito necesario para el pleno desenvolvimiento de la relación. Entre el momento de la celebración del negocio jurídico y el momento de la producción del evento condicionante, la relación obligatoria atraviesa una fase intermedia que puede ser considerada como una situación de pendencia... Es verdad que en la fase de pendencia las partes no son

cumplimiento, el acreedor no puede exigir la prestación hasta que éste llegue (art. 1.125 C.c.). El Código Civil ordena expresamente que *"las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue"*. Con ello, se está regulando el momento *a partir del cual* ha de considerarse la obligación exigible, pero que sea exigible no significa que sea exigida. El acreedor, por consiguiente, vencida la obligación, está legitimado para exigirselas al deudor y éste sólo puede hacerlo interpellándole (según se deduce del artículo 1.100 C.c la interpelación equivale a exigir el cumplimiento). Desde ese momento, sin que el deudor haya respondido a la interpelación con el cumplimiento exacto de la obligación, ha de entenderse que jurídicamente ha incumplido.

Si lo dicho hasta ahora es cierto, hay que analizar qué ocurre durante ese período que existe desde el momento de celebración del contrato y el *dies veniens*, y ese otro que va desde el momento de vencimiento del plazo hasta el de la interpelación del

todavía plenos titulares de los derechos previstos, ni se encuentran plenamente sujetos por los deberes que la relación impone. Sin embargo, no cabe negar que las partes han entrado ya en relación. Además, ocurre que, como en el caso de producirse la condición los derechos y los deberes van a alcanzar su plenitud, es necesario organizar una situación provisional de protección de los eventuales intereses de cada una de ellas. Por esto, la relación obligatoria existe desde el momento de la celebración del negocio constitutivo, si bien atraviesa en un primer momento una fase interina de eficacia debilitada".

A mi juicio, algo parecido ha de predicarse de las obligaciones con término inicial. El término inicial —se dice frecuentemente por algunos autores— es el momento que marca el comienzo de la relación obligatoria y, en consecuencia, no se puede hablar de la existencia de un verdadero derecho de crédito, ni de un auténtico deber de prestación. Sin embargo, para otra parte de la doctrina, entre los que de encuentra DIEZ-PICAZO, sostiene que el derecho de crédito existe ya antes de la llegada del término. La inexigibilidad del crédito no significa, se dice, inexistencia del derecho o existencia de un derecho sin acción, sino simplemente aplazamiento de su ejercicio. La llegada del *dies* no opera como un requisito del nacimiento del derecho de crédito, sino como un presupuesto de su ejercicio. El derecho existe, aunque no pueda todavía ser ejercitado. Ahora bien, en la obligación sometida a término inicial (bien sea considerada un término sobre el tiempo de la obligación o sobre el tiempo de la prestación) no puede exigirse su cumplimiento hasta que llegue el día fijado por las partes (art.1.125 C.c.) y si el acreedor interpela al deudor antes de ese día éste último podrá paralizar la reclamación mediante la excepción de falta de vencimiento o *plus petitio tempore*. Lo mismo ocurre con el deudor que no podrá obligar a su acreedor a recibir el pago antes del vencimiento de la obligación y si lo hace habrá realizado un pago anticipado con todas sus consecuencias.

acreedor exigiendo el cumplimiento. Son dos cuestiones de difícil solución, pero, a mi juicio, pendiente el vencimiento el deudor está obligado únicamente, porque no se niega la existencia de la relación obligatoria, a conservar la prestación y a evitar los posibles eventos que puedan hacerla devenir imposible. En este punto el Código civil es claro cuando hace perder al deudor el beneficio del plazo (si estuviera puesto a su favor) si no garantiza la deuda cuando resulta insolvente, cuando no ofrezca las garantías a que se hubiese comprometido, cuando por actos propios hubiesen disminuído aquéllas después de establecidas e incluso cuando por caso fortuito desaparecieran y no las hubiera sustituído inmediatamente por otras nuevas (artículo 1.129). El deudor está, por tanto, obligado en la fase de *pendencia* a garantizar la obligación y a conservar tales garantías. El correspondiente a este deber radica en el derecho del acreedor de ejercitar las acciones que el ordenamiento le otorga tendentes a la conservación de su derecho de crédito.

En cuanto a la fase que existe entre el día de vencimiento de la obligación, en que se hace exigible, y el momento en que viene expresamente exigida por el acreedor, hay que diferenciar muy claramente si lo que, en verdad, han pactado las partes es un *término* o un *plazo* de cumplimiento, puesto que la solución varía. Del tenor del artículo 1.125 del Código Civil se desprende que el legislador está pensando en la fijación de un *término* o día cierto aplazado para el cumplimiento. Parece que, la exigibilidad vendría implícita con la llegada del día. El acreedor no estaría obligado a exigir al deudor la prestación, puesto que vencido el término éste se "*convertiría*" de alguna manera en un término final (coincidirían en el tiempo ambas figuras). Sin embargo, si lo que las partes, en realidad, han convenido es un *plazo* inicial, el deudor podrá cumplir

desde que el día llegue, pero hay que averiguar cuándo se entenderá que ha incumplido, o lo que es lo mismo, cuándo el plazo, pactado inicial, se ha acabado. Creo que no sería del todo incorrecto pensar que el deudor, efectivamente, ya está obligado al pago porque ha empezado el plazo que tiene para hacerlo, pero el hecho de que no lo haga no equivale a incumplimiento, hasta que el deudor le exija la prestación, a lo que ya está legitimado. Es en este supuesto en el que, precisamente, le falta razón a DIEZ-PICAZO cuando dice que para que el deudor incumpla no es menester que el acreedor le haya reclamado el cumplimiento.

Ahora bien, y esta idea se desarrollará más detalladamente en el lugar oportuno, es del todo correcto que DIEZ-PICAZO diga que *"la función de los actos de constitución en mora consisten pura y simplemente en reclamar la prestación, pero para que el deudor incumpla no es menester que el acreedor le haya reclamado la obligación"*, si está pensando en las obligaciones con plazo final o resolutorio y no en las obligaciones a plazo, o bien puras o sin plazo, puesto que la reclamación va implícita en el mismo acto de constitución de la obligación. El tiempo de cumplimiento (vencimiento) y el de exigibilidad coinciden. El pensamiento de este jurista es absolutamente exacto si se tiene en cuenta la concepción que, hasta el día de hoy, tiene la doctrina de la función de la constitución en mora y que se analizará en las páginas siguientes.

La importancia que tenía resaltar aquí la función de la resolución y de la constitución en mora era la de negar la necesidad de esta última para ejercitar aquella. En mi opinión, no es en absoluto necesario exigir la previa constitución en mora del

deudor para el ejercicio de acción resolutoria (aunque pueden coincidir ambas instituciones jurídicas en el tiempo¹). Carece de sentido, como ya se dijo al principio, requerir este presupuesto cuando las finalidades que pretenden cubrir ambos institutos jurídicos en el Derecho de obligaciones son bien diversas. La resolución persigue la disolución de un vínculo jurídico todavía existente cuando ha habido incumplimiento obligacional por una de las partes. La constitución en mora tiene como objeto trasladar los riesgos a aquel deudor al que se le permite un cumplimiento tardío. Son dos medios de defensa del derecho de crédito, derecho que goza de la protección del ordenamiento, independientes y autónomos que pueden coincidir en un momento determinado de la relación obligatoria (*v.gr.*, cuando se ejercita el *ius variandi*), pero nada más. Ahora bien, si se continúa pensando en la resolución contractual como una sanción que impone el ordenamiento a los incumplidores "culpables" (con esa intención que, en el fondo, subyace de castigar los pecados de aquellos contratantes que no se han comportado según las reglas morales que rigen en un momento concreto en la sociedad y la moralizar los comportamientos²), si se piensa que el ordenamiento civil tiene atribuida

¹ Piénsese por ejemplo, en el ejercicio de *ius variandi* que permite el artículo 1.124 del Código civil. Si el acreedor optó en primer lugar por el cumplimiento tardío de la prestación, y así se lo exigió al deudor, éste habrá incurrido en mora desde el momento de la interpelación (si era necesaria), que coincide con la acción de cumplimiento o desde el momento del incumplimiento (si se trata de un supuesto de mora automática). Si la prestación ha devenido imposible, con posterioridad, aparece un primer problema: el deudor que está constituido en mora no se libera de su obligación por ningún tipo de impedimento, pero el Código permite la resolución del contrato (el *ius variandi*). ¿Cómo se resuelve esta contradicción?. A mi juicio, la solución se encuentra en la misma concepción que se hace de la función y finalidad de la constitución en mora. Se le trasladan al deudor todos los riesgos que puedan afectar a la relación "fortuitamente" (ya no serán fortuitos porque le han sido imputados al incumplidor moroso). El acreedor puede optar por la resolución y el deudor deberá cumplir entregando el valor de la prestación devenida imposible, independientemente del deber de indemnizar los daños y perjuicios que el incumplimiento (que se recuerda podrá ser considerado doloso) le haya irrogado al acreedor. En estos casos constitución en mora y resolución contractual coinciden en el tiempo, pero ello no significa, o por lo menos no debería significar, que es necesaria la previa constitución en mora para ejercitar la resolución contractual por incumplimiento.

² Vid., DIEZ-PICAZO, *La responsabilidad civil hoy*, "Anuario de Derecho Civil", 1979, pág.727 quien critica esta postura al estudiar el tema de la responsabilidad civil extracontractual. En mi opinión, lo mismo ha de predicarse de la responsabilidad civil contractual. "Cuando hay que resolver este tipo de problema (si

esta tarea punitiva y que, incluso, participa de esta idea la constitución en mora del deudor incumplidor (el empleo actual de la expresión "moroso" denota un cierto carácter despectivo o peyorativo), se tiene por fuerza que afirmar la necesidad de la previa constitución en mora para permitirle al acreedor insatisfecho ejercitar la defensa de su derecho de crédito lesionado, puesto que, aun reconociendo tal lesión, el deudor no será todavía lo suficientemente "culpable" para las concepciones morales que rigen en la sociedad. Pero, aunque ésto fuera así, no escaparía de la crítica, porque los defensores de tal afirmación deberían tratar con la misma dureza y rigor a cualquier otro tipo de incumplidor y no permitir, entre otras cosas, la resolución por un incumplimiento fortuito, ya que en esos deudores no concurren el elemento de reprochabilidad que la resolución necesita. Este tema vendrá desarrollado, una vez que quede demostrado que

el daño producido debe o no ser objeto de resarcimiento), el conflicto, que se suscita, encuentra su vía de solución en una referencia implícita a deberes preexistentes del autor frente a la víctima (del deudor frente al acreedor, se puede decir en nuestro tema). "Lo cual se corresponde muy bien con la tradición del Derecho intermedio, en la que no se puede desconocer la influencia de los canonistas y de los teóricos de la Iglesia cristiana. La obligación de resarcir o de reparar parece una consecuencia de la calificación del hecho como algo reprochable. Idea en la cual no está ausente el concepto cristiano de pecado. Se paga porque se ha pecado." También cita este autor a TREILAHRD que consideraba que la responsabilidad es una garantía cuando no la única garantía.

En mi opinión deben ser acogidas las siguientes palabras que DIEZ-PICAZO pronunció en materia de responsabilidad civil, trasladándolas a la contractual y más concretamente de retraso en el cumplimiento. *"Se impone como una exigencia ineludible, la necesidad de otorgar una protección y una defensa más vigorosa a la persona (en nuestro caso al contratante lesionado por el incumplimiento). Y surge lo que creo que es el primero de los principios del moderno Derecho "de obligaciones": un principio "pro damnato" o del resarcimiento del daño. De manera que vayan perdiendo paulatinamente importancia los demás factores que imponía la disciplina codificada, que tienen que ser objeto de sucesivas reelaboraciones de la jurisprudencia. Primero, la culpa mediante la inversión de la carga de la prueba o la concepción de la responsabilidad propiamente sin culpa a través de los esquemas de la teoría de los riesgos. Después, los embates que experimenta la figura de la causalidad como título de imputación. El paso de una causalidad necesaria a una causalidad adecuada y las infinitas matizaciones de esta idea de la causalidad adecuada aparecen por doquier en este camino. La conclusión de todo ello, sencillamente expuesta, me parece que es que ya no hay que reparar, porque existió antes una conducta reprochable, sino que hay que reparar a secas: que no se trata tanto de moralizar conductas de los eventuales autores de los daños, como de asegurar las indemnizaciones a las víctimas y que se ha perdido aquella concepción mágica o teológica de la mano de Dios para ver por todas partes las manos de los hombres. No hay pues razón sólida que aconseje la resignación.*

Curiosamente, el mismo sistema industrial y técnico ha multiplicado las posibilidades de previsibilidad de estos daños y conlleva los elementos y las condiciones de seguridad y evitabilidad. Lo cual permite jurídicamente poder encontrar culpas donde antes no se hubieran jamás soñado".

también el incumplimiento temporal merece ser objeto de las precauciones que el ordenamiento le otorga a las demás lesiones del derecho de crédito.

Ya se ha visto como la doctrina mayoritaria actual acoge la autonomía de la resolución contractual independientemente de cualquier elemento valorativo. No es, por consiguiente, un remedio excepcional del *Derecho del incumplimiento*. Siempre que exista una lesión del derecho de crédito, de modo general y como línea de principio, se le ha de permitir al acreedor lesionado que accione la resolución del vínculo contractual. Si el Tribunal que conozca del recurso tiene fundados motivos para estimar que se trata de un ejercicio abusivo de tal derecho, podrá (justificándolo) fijar un plazo para el cumplimiento. Y si llegado el momento previsto, el deudor no ha hecho nada al respecto o lo realizado es inadecuado o defectuoso, la resolución se activará *ipso iure* sin necesidad de un nuevo proceso. Cualquier incumplimiento, ya sea temporal (retrasado en el tiempo fijado en el contrato), ya sea defectuoso, o parcial es susceptible de ser resuelto, sin necesidad de exigir requisito formal alguno.

Nadie dudará de que el deudor que, llegado el momento de vencimiento de su deuda y habiéndole sido exigida la obligación, no haya llevado a cabo acto alguno tendente al cumplimiento de la misma, y siendo la prestación todavía susceptible (objetivamente) de realizarse y ejecutada con posterioridad cubre las necesidades del acreedor, podrá permitírsele este cumplimiento. Si se utiliza el término "permiso" es, porque el acreedor puede optar por la resolución (art. 1.124 C.c) si no se da alguna de las circunstancias descritas. Por consiguiente, también la pretensión de cumplimiento opera en el supuesto de incumplimientos retrasados.

En cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios causados al acreedor por el retraso hay que decir, ya desde este momento, que es uno de los temas más candentes en la doctrina. Tradicionalmente se dice que no es un tipo de incumplimiento susceptible por sí solo de generar el deber de resarcir los daños que ha causado. Es necesaria, —se dice—, la previa constitución en mora. No existe en nuestra doctrina, o por lo menos no se conoce, autor alguno que haya afirmado lo contrario. Sin embargo, en mi opinión, no sólo es conveniente admitir que el retraso es jurídicamente relevante en lo que a su indemnización se refiere, sino que el propio ordenamiento jurídico así lo articula.

Los interrogantes que sugiere este problema cuando se comienza a indagar sobre él son, entre otros, los siguientes: Primero y ante todo, ¿por qué y qué fundamento tiene requerir la constitución en mora para que el acreedor pueda ejercitar su derecho a la indemnización de los daños y perjuicios por el incumplimiento?, ¿por qué sólo exigirla en los incumplimientos que se vienen denominando retrasados y no para el resto de las lesiones?, ¿qué tienen de especial los retrasos para añadirles más requisitos en orden a la indemnización?, ¿por qué en los demás incumplimientos contractuales "basta" la prueba de los daños y del nexo de causalidad entre éstos y el incumplimiento y no ocurre lo mismo con el retraso?, ¿es que el retraso en el cumplimiento no irroga daños por sí sólo?, ¿por qué el Código calla acerca de estos incumplimientos retrasados a partir del artículo 1.101?, ¿son menos importantes para el Derecho y para el tráfico jurídico?, ¿el término "*morosidad*" empleado por el legislador es sinónimo de "constituído en mora" o lo es de "retraso"?, ¿por qué afirmar que sólo se deben constituir en mora a aquellos deudores que no han hecho nada en el momento pactado para ello y no a los que lo han hecho mal o han realizado un cumplimiento parcial?, ¿es que a los demás

incumplidores no se les trasladan los riesgos cuando se opta por el cumplimiento tardío?, ¿es que se olvida acaso que incumplir retrasadamente no ofrece certidumbre alguna sobre el efectivo cumplimiento posterior?, ¿es que el tiempo en las obligaciones no tiene importancia alguna desde el punto de vista jurídico?. Son excesivos los interrogantes que plantea el problema del retraso como lesión del derecho de crédito. Todos ellos analizarán y a todos se intentará dar respuesta a continuación de forma detallada, pero antes de cerrar este epígrafe es necesario, aunque pueda parecer excesivo, hacer una crítica personal a la postura mantenida hasta hoy por nuestra doctrina y jurisprudencia y también una advertencia sobre los peligros que acarrea seguir contemplando el retraso en el cumplimiento (que al fin y al cabo es incumplimiento, aunque temporal, puesto que se desconoce el futuro desarrollo de la relación obligatoria¹) como algo irrelevante para el Derecho.

Creo que es poco útil hacer el esfuerzo por sostener la importancia del retraso en el cumplimiento de las obligaciones, mantener la aplicación en nuestro sistema del principio general *pacta sunt servanda*, continuar hablando de la protección y defensa de la parte contratante que ha visto su derecho de crédito y sus expectativas económicas lesionadas, decir que las obligaciones han de cumplirse diligentemente y que su

¹ Es, quizá, por este motivo por el que, a mi juicio, el acreedor que pretende y opta por el cumplimiento, tras haber sufrido una primera lesión de su derecho de crédito, por el que merece ser protegido, puesto que bastante confianza (muchas veces injustificada) pone en el futuro de la relación y bastantes riesgos corre de verse otra vez más lesionado. Es por ello, que debe funcionar la constitución en mora de los deudores, a quienes se les otorga "otra posibilidad" de enmendar lo mal hecho, como vehículo de traslación de riesgos. Riesgos que no puede, ni debe correr el acreedor a su costa. No se debe olvidar que las relaciones obligatorias se desenvuelven en un marco de confianza, y que el principio *pacta sunt servanda* debe regirlas. El contratante que traiciona la confianza de la otra parte y los pactos que libre y voluntariamente han realizado debe correr con los riesgos tanto de una posible resolución, como de los fortuitos si se opta por la permanencia del vínculo. Al comienzo de la relación y hasta que esta finaliza o de deteriora por el incumplimiento ambos contratantes están en igualdad de condiciones. Ambos son protegidos por el ordenamiento. Pero si se altera o rompe el equilibrio, se le otorgan al lesionado los medios jurídico necesarios para defender sus intereses.

contenido viene integrado por la buena fe, si no se les hace derivar alguna consecuencia jurídica tendente a evitar estos comportamientos. No se puede, en suma, realizar clasificaciones dogmáticas sin darles un contenido real y efectivo. No se debe, en definitiva, hablar de incumplimientos retrasados para posteriormente negarles, sin justificación suficiente, las medidas de protección, que el ordenamiento otorga a todas las lesiones en conjunto, si no va precedida de un "requisito formal"¹, cual es la constitución en mora del deudor, que la ley sólo requiere para aquellos efectos derivados del incumplimiento que por algún motivo considera necesario regular (en mi opinión, la traslación de los riesgos). No se puede decir que el acreedor no tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que le haya podido originar el retraso de su deudor, si

¹ Se habla de "requisito formal" porque, en definitiva, parece, desde esta perspectiva, que la constitución en mora del deudor se reduce al acto de la interpelación. Se ha prescindido durante tanto tiempo de esta institución jurídica que, efectivamente, no les falta razón a todos aquellos juristas que pretenden su desaparición. Recientemente ha optado por esta solución PANTALEON PRIETO, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, op.cit., pág.1740, puesto que considera que "no hay razón suficiente para conservar la regla de que el deudor moroso también responde de la pérdida o destrucción de la cosa debida ocurrida durante la mora (el suceso directamente generador de la pérdida o destrucción es un "caso fortuito", es decir, no puede ser subjetivamente imputado al deudor mediante ningún criterio de imputación y la pérdida o destrucción no es objetivamente imputable a la mora, -no es "consecuencia necesaria" de la misma en el sentido del art. 1.107 C.c., por más que la mora haya sido condición sine qua non de la pérdida o destrucción, ya que ésta no se hubiera producido del mismo modo en los mismos lugar y tiempo (por el mismo caso fortuito) de haber cumplido el deudor tempestivamente. Creo, por tanto, que el último párrafo del artículo 1.096 y el inciso final del artículo 1.182 C.c. no merecen ser conservados". En mi opinión, PANTALEON PRIETO parte de la concepción tradicional de la constitución en mora. Su tesis tiene sentido si, en primer lugar, se hace aplicable este instituto sólo a los incumplimientos retrasados y no a todos aquellos susceptibles de un cumplimiento posterior. En segundo lugar, el sobrevenir de un fortuito durante el estado de mora que haga imposible definitivamente el cumplimiento posterior ya ha sido directamente imputado (o mejor dicho, repartido o atribuido) y, en consecuencia, no necesita de criterio de imputación añadido. El reparto de riesgos se rehace a partir del incumplimiento, cuando el acreedor ha optado por el cumplimiento tardío y, consiguientemente, ha interpelado al deudor. Creo que no hay que buscar el fundamento del traslado de los riesgos fortuitos al deudor incumplidor en criterios de índole subjetiva (culpa o dolo), porque no se trata de una sanción que el ordenamiento imponga por el incumplimiento, sino de una facultad que se le otorga al acreedor que opte por la continuación del vínculo contractual en vez de por su disolución. Se me preguntará, entonces ¿Qué de la mora automática o *ex re* en la que la propia ley o la naturaleza y circunstancias de la obligación, expresamente una e implícitamente la otra, establecen que el traslado del riesgo ya ha sido efectuado?. A esta pregunta se dará respuesta más adelante al estudiar los supuestos de mora automática o sin interpelación, pero se puede avanzar que, a mi juicio, estos supuestos del segundo párrafo del artículo 1.100 C.c., en contra de lo que tradicionalmente se viene afirmando, establecen el reparto de los riesgos fortuitos desde el momento de la constitución de la obligación (desde la celebración del contrato).

no va precedido de la constitución en mora. No se puede hablar de una lesión o incumplimiento obligacional si se le niegan consecuencias jurídicas.

En cuanto a los riesgos que se corre al seguir sustentando una teoría contraria a la relevancia del retraso en el cumplimiento de las obligaciones son varios. El primero de ellos es la fomentación de los retrasos o "morosos" en el tráfico jurídico. Si las partes contratantes (sujetos económicos del mercado) desean proteger sus intereses de una manera efectiva deberán pactar, de manera generalizada, cláusulas penales y condiciones resolutorias expresas que sancionen el retraso. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que en las obligaciones pecuniarias el uso y disfrute del dinero produce por sí solo interés (interés correspectivo o retributivo) y que si el ordenamiento civil le dedica un precepto es por su especial naturaleza. En tercer lugar, no debe cargarse excesivamente el contenido de la prueba del acreedor, porque ello dará lugar a un aumento de la litigiosidad y de los costes procesales (no hay que olvidar todos los medios de prueba que el ordenamiento pone a disposición de los litigantes) y, por último, no le falta razón a aquel sector doctrinal que analiza el problema desde el punto de vista de la conveniencia económica. Negar relevancia y efectos indemnizatorios al "tiempo de cumplimiento" equivale a obstaculizar el progreso científico, social y económico y la circulación del tráfico jurídico y comercial. Se debe apoyar la represión de cualquier tipo de incumplimiento contractual que no esté justificado y la única justificación de que goza una lesión es el caso fortuito, que deberá probar el que lo ha sufrido. Se debe fomentar la celeridad de los negocios, la productividad de los trabajadores y auxiliares del deudor, la adopción de las medidas necesarias para la aminoración de los riesgos en las empresas y, seguramente, la única manera de hacerlo

es adoptando un criterio de responsabilidad objetiva por incumplimiento y un concepto de cumplimiento estricto y riguroso, en el que los costes que supondrían la reducción de estos riesgos y el fomento de los aspectos productivos fuesen menores al de las indemnizaciones a las que se debe hacer frente en caso de lesión contractual¹.

III.- EL INCUMPLIMIENTO RETRASADO COMO FIGURA JURIDICAMENTE RELEVANTE EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES.

1.- Concepto de retraso en el cumplimiento de la obligación y su calificación de incumplimiento contractual.

Desde antiguo, la doctrina española viene definiendo el retraso en relación con la mora del deudor. ESPIN² decía que *"A diferencia del verdadero incumplimiento que*

¹ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.338, también denuncia la gravedad del problema cuando explica la relevancia del factor tiempo en la economía de las relaciones obligatorias. *"Por regla general, según los principios rectores de la disciplina de las obligaciones y las tradiciones jurídicas que en esta materia hemos heredado, el tiempo de la prestación o tiempo del pago determina el momento de la exigibilidad del crédito y marca el momento en el que el deudor, que se retrasa, se coloca o puede ser colocado en una situación de mora que desencadena una especial responsabilidad. Sin embargo, la prestación, aunque sea retrasada, continúa siendo por lo general posible: el acreedor puede todavía reclamarla y también el deudor puede cumplir retrasadamente. Todo ello denota una economía poco preocupada y poco escrupulosa por la puntualidad o donde el tiempo o el ritmo de ejecución de los contratos no juega un papel relevante o no suscita un interés vital. El interés del acreedor se dirige primariamente o centralmente a los bienes —el dinero o cosas específicas—, y solo en una forma menor hacia el "tempus solutionis". Por el contrario, en una economía de intercambio masivo de géneros y de servicios, donde las prestaciones se engranan en un ciclo económico, el factor tiempo va adquiriendo una relevancia primordial. A un fabricante le interesa disponer de las piezas contratadas, pero le interesa sobre todo disponer de ellas en el momento en que lo demanda su programa o su plan de producción; a un comerciante le interesa recibir los géneros en la coyuntura en que lo exigen sus campañas de ventas"*.

² Vid., *Manual de Derecho español*, vol.III: *Obligaciones y contratos*, 5ª ed.revisada y ampliada, Madrid, 1978, pág.204.

hace imposible la realización de la prestación, el mero retraso da lugar tan sólo a un incumplimiento temporal que no impide el ulterior cumplimiento. Cuando dicho retraso es debido a culpa y no a caso fortuito, se denomina técnicamente mora. Por tanto, puede definirse la mora como el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, que no impide su ulterior cumplimiento por no hacer imposible la prestación".

SANCHEZ ROMAN¹ conceptúa la mora como una de las causas voluntarias del incumplimiento de los contratos y la define del siguiente modo: "*mora o demora no es otra cosa que la dilación o el retardo en el cumplimiento de una obligación, respecto del tiempo en que debía cumplirse*". A esta noción le añade una diferencia en su modo de manifestarse, dependiendo de que se trate de obligaciones de dar o de obligaciones de hacer: "*En la primera incurre el deudor desde que debió entregar la cosa, hasta que en realidad la entregó; está obligado a la indemnización de daños y perjuicios, que por la tardanza se ocasionen al otro contratante y responde de la cosa que debió entregar, si perece después de constituido en mora, aunque sea por caso fortuito. En la segunda incurre el deudor que se obliga a ejecutar un hecho hasta que lo ejecuta, no haciéndolo cuando debía, y está igualmente obligado a la indemnización de los perjuicios que pueda sufrir el acreedor*". Son muchos los juristas que configuran el retraso en el cumplimiento relacionándolo con la constitución en mora del deudor y, viceversa, que conceptúan la constitución en mora del deudor siempre y únicamente en relación al retraso en el cumplimiento. Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto en este estudio, el hecho de que el incumplimiento retrasado sea susceptible, en algunos casos, de un cumplimiento exacto posterior no ha de significar necesariamente que la mora sólo

¹ Vid., *Estudios de Derecho Civil*, tomo.IV, Madrid, 1899, pág.300.

se predique de los retrasos en el cumplimiento, ni que el retraso no tenga más efecto jurídico que el que se produce con la constitución en mora. Los retrasos son lesiones del derecho de crédito, que se clasificarán en definitivos o temporales si se aplica el criterio de la posibilidad de una ejecución posterior, pero igualmente tienen este carácter todos aquellos incumplimientos (lugar, objeto, persona) de los que se predique su temporalidad¹. Y si la ejecución posterior es posible e idónea para satisfacer el interés del acreedor, los acreedores de estas obligaciones incumplidas podrán situar en mora a los deudores. El retraso contemplado como lesión del derecho de crédito ha de tener todas las consecuencias jurídicas que se conectan a los demás tipos de incumplimiento y no únicamente la constitución en mora.

El problema surge de conceptualizar la constitución en mora como otro tipo de infracción obligacional, cuando es un efecto de aquella. Se dice que la mora es el incumplimiento relativo al tiempo de cumplimiento cualificado o bien por la culpa (dicen algunos), bien por el acto de la interpelación (según otros). Pero el que coincidan, a veces, en el tiempo, no permite su identificación. En la situación jurídica de mora se encuentra aquel deudor que ha incumplido y que el acreedor que ha optado por el cumplimiento posterior, porque con él verá satisfechas aunque tardíamente sus expectativas, traslada al deudor los riesgos de los casos fortuitos que hasta el momento pesaban sobre él. Sin embargo, puede darse el supuesto de que el acreedor no pretenda

¹ Seguramente el problema de la independencia del retraso, referente a la modalidad del tiempo en el cumplimiento de la obligación, como lesión jurídicamente relevante, se origina por la confusión entre el propio retraso así contemplado y los incumplimientos temporales. Se ha repetido en innumerables ocasiones por nuestros autores que existen supuestos de inobservancia del tiempo en el cumplimiento que no son incumplimientos temporales, sino definitivos (término esencial o final). El hecho de que ambas figuras utilicen el término "tiempo" no significa que haya que identificarlas. Una hace alusión a la posibilidad de cumplimiento y la otra al momento en que se debe cumplir.

un cumplimiento tardío, en cuyo caso bastará el retraso en el cumplimiento (el deudor no ha hecho nada) para generar las consecuencias de cualquier incumplimiento, porque con la inobservancia del tiempo como circunstancia determinante del correcto cumplimiento, efectivamente, ha existido un verdadero y propio incumplimiento contractual. En segundo lugar, se puede dar el caso de que el acreedor opte por la ejecución posterior y tardía de la prestación y que no constituya en mora expresa y deliberadamente al deudor por razones que sólo a él le competen. En este supuesto el deudor incumplidor estará obligado a cumplir tardíamente, pero no correrá con los riesgos sobrevenidos, aunque deberá responder de los daños que su retraso haya causado al acreedor. En tercer lugar, se debe imaginar el supuesto de que haya habido un reparto, convencional o legal, de los riesgos desde el momento de la celebración del contrato y que el deudor haya asumido los fortuitos. Si se retrasa en el cumplimiento de la obligación, el acreedor podrá exigir el cumplimiento posterior y ésta exigibilidad no "pondrá al deudor en mora", puesto que ya le habían sido atribuidos los riesgos (la mora era automática). Ahora bien, los daños derivados del incumplimiento temporal deberá indemnizárselos al igual que si hubiera optado por la resolución del contrato. El último caso que se puede señalar es precisamente el que contempla el primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil. Que el deudor esté obligado a cumplir y que el acreedor le haya exigido el cumplimiento. Desde ese momento, si nada se había pactado sobre los riesgos del caso fortuito o la ley o la propia naturaleza de la obligación así lo anuda, el deudor estará incurso en mora y deberá correr con los casos fortuitos que puedan afectar al cumplimiento de la prestación y que con anterioridad no estaban a su cargo. A mi juicio, y esta será la idea que se desarrolle en las páginas siguientes, la finalidad que persigue el instituto de la constitución en mora del deudor es la distribución de los

riesgos inherentes a toda relación obligatoria.

Además, a mi juicio, el sentido de la norma contenida en el primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil es el contrario al que tradicionalmente se le viene dando. Cuando el precepto prescribe que *"incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación"*, se está pensando, en mi opinión, en las obligaciones sujetas a plazo inicial de cumplimiento o puras, en las que no ha existido una previa distribución (legal o convencional) de los riesgos. Como no se puede atribuir o imputar ningún riesgo fortuito a un deudor que, aún siéndolo, en rigor todavía no está obligado a nada (salvo a garantizar el cumplimiento posterior), porque no ha llegado el vencimiento de su obligación (vencimiento que provoca la exigibilidad de la obligación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.125 C.c.), es necesario articular un mecanismo para el reparto posterior del mismo. Vencido el plazo, el deudor puede cumplir, sin que se trate de un pago anticipado y el acreedor no se puede negar a recibir el pago, pero si el deudor no lo hace, no podrá hablarse en esencia de incumplimiento, porque para ello es necesario, tratándose de estas obligaciones, que el acreedor haya exigido el cumplimiento de la obligación. A partir de ese momento, no únicamente se entenderá que existe incumplimiento¹, siempre que el deudor siga sin realizar la prestación debida, sino además que ha incurrido en mora y, en consecuencia, los fortuitos no le exonerarán

¹ La ilicitud del retraso, como pone de manifiesto VALSECCHI, *Sulla illiceità del ritardo nell'adempimento*, "Rivista del Diritto Commerciale", 1963, I, pág. 244, no se determina por el vencimiento de la obligación, sino por la exigibilidad de la prestación por parte del acreedor. Por más que el plazo haya llegado, y en consecuencia se haya actualizado la facultad del acreedor de someter coactivamente el patrimonio del deudor a la deuda, si no la exige, no podrá hablarse de incumplimiento efectivo. Es el acto en el que se ejercita el derecho potestativo del acreedor (que se actualiza con el vencimiento del término previsto y pactado por las partes) el que configura como ilícito el retraso.

de responsabilidad, ni extinguirán su obligación. Pero hay que tener siempre presente que el acreedor, que ha exigido el cumplimiento y no ha visto colmadas sus expectativas, estará legitimado para ejercitar cualquier remedio que el ordenamiento le otorga para la defensa de sus intereses. La regla de distribución de riesgos prevista por el legislador seguramente equivale a *periculum est debitoris* y no a *periculum est creditoris*, cuando ha habido un incumplimiento contractual y del convenio pactado por las partes o de la propia naturaleza de la obligación nada se puede deducir (art. 1.128 en relación con el art. 1.100.II.2º C.c.).

Dicho ésto, es conveniente analizar uno por uno todos los presupuestos necesarios para hablar de retraso jurídicamente relevante y distinguirlo de aquella otra situación en la que el retraso no debe ni puede importar al Derecho.

2.- Presupuestos del retraso jurídicamente relevante.

El llamado "*simple*" retraso en el cumplimiento de las obligaciones es aquel que viene caracterizado por las notas de: no observancia de la modalidad relativa al tiempo de cumplimiento, incertidumbre acerca de su posterior ejecución, posibilidad objetiva de cumplimiento tardío y de una tardía satisfacción del interés del acreedor. ¿Por qué se dice que sólo en estos casos se puede hablar de retraso?. Porque en todos los demás supuestos en los que no concurren estas notas habrá incumplimiento definitivo, parcial o defectuoso (este último puede configurarse como incumplimiento temporal si es posible su corrección posterior y en los dos anteriores pueden estar incluidos los retrasos

que no tengan posibilidad de cumplimiento tardío o cuyo objeto de prestación sea divisible en el tiempo, de tal forma que aun habiendo un incumplimiento definitivo respecto de una de las partes, las restantes todavía pueden cumplirse con posterioridad, ej: obligaciones negativas)¹.

a) El vencimiento y la exigibilidad de la obligación.

Para que el retraso en el cumplimiento entre en el tipo que anteriormente se denominó "*incumplimientos retrasados*" es presupuesto esencial que el deudor, llegado el vencimiento de la obligación, no haya hecho nada para cumplir, no haya observado lo que las partes pactaron en lo relativo al tiempo de cumplimiento. De lo contrario, es decir, si lo observó pero de modo incorrecto, se deberá incluir en los defectuosos o en los parciales². Además, el término de cumplimiento establecido por las partes no ha de ser esencial o final, ya que en ese caso se tratará de un incumplimiento definitivo y no temporal.

¹ El problema que, a mi juicio, presenta esta clasificación dogmática de las lesiones del derecho de crédito, realizada tradicionalmente y que aquí se ha acogido con alguna modificación, es que se mezclan distintos criterios. Todos ellos (posibilidad de cumplimiento tardío: incumplimientos definitivos o temporales, divisibilidad del cumplimiento: incumplimientos totales o parciales; exactitud del cumplimiento: incumplimientos defectuosos o cumplimientos exactos) dan lugar a innumerables combinaciones de lesiones, tantas como obligaciones complejas puedan darse en el tráfico jurídico. Lo que origina que, desde hace tiempo, no se sepa a ciencia cierta, qué tipo es relevante para el ordenamiento jurídico. En mi opinión, lo son todos, porque, como se propondrá en las próximas páginas, el artículo 1.101 del Código civil los contempla en su totalidad. Los subjetivos y los objetivos, los definitivos y los temporales, los defectuosos y los correctos.

² Vid. lo que se dijo sobre la "defectuosidad" en cuanto al lugar y tiempo de cumplimiento, *pág. 423* y el pago anticipado.

Dice GRAMUNT FOMBUENA¹, que respecto de la prestación, normalmente el tiempo tiene carácter circunstancial ya que la delimita, pero no la identifica. En este sentido, a juicio de la autora, el tiempo delimita el cumplimiento de la obligación y es por ello que, en principio, la fijación del tiempo de cumplimiento no vincula al deudor, que puede cumplir con posterioridad al término previsto, sin que pueda considerarse incumplida la obligación: la situación de no cumplimiento por parte del deudor no debe confundirse con el incumplimiento en sentido jurídico. Es importante analizar detalladamente esta idea porque quizá en ella se encuentra la explicación a la relevancia del retraso en el Derecho de obligaciones. El tiempo en las obligaciones, en opinión de GRAMUNT, puede tener el valor de fijar la posibilidad de cumplimiento, como el valor de determinar el momento de cumplimiento. *"Desde la primera perspectiva se puede afirmar que desde que la obligación nace , -dice la civilista-, el deudor tiene la facultad de cumplir, con independencia de que la obligación sea pura o a término. Ello no significa que el deudor pueda, además, imponer el cumplimiento anticipado al acreedor, puesto que el artículo 1.127 C.c. lo impide, tanto si no se especificó que se establecía en beneficio exclusivo del deudor como, evidentemente, si se pactó exclusivamente en favor del acreedor. Si el beneficio del término es para el deudor, podrá sólo realizar a su discreción la prestación hasta que el día llegue, sino además imponer su cumplimiento al acreedor. Si el término ha de beneficiar tanto al deudor como al acreedor, el beneficio del deudor consistirá en la posibilidad de paralizar la reclamación extemporánea del acreedor. A su vez, el acreedor podrá rechazar justificadamente (evitando la mora credendi), el pago anticipado que pretenda imponerle*

¹ Vid., M.D. GRAMUNT FOMBUENA, *La mora del deudor en el Código civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, pág.14.

el deudor. Pero el tiempo, por otra parte, puede tener asignado el valor de momento de cumplimiento, esto es, aquél en el que se ha de cumplir. La llegada del tiempo de cumplimiento acaba con la indefinición del tiempo como posibilidad de cumplir. El tiempo de cumplimiento puede ser o no preclusivo. Si lo fuere impedirá el cumplimiento posterior, de modo que en tales supuestos el momento fijado para el cumplimiento será considerado como término esencial. Normalmente no lo es, de forma que el tiempo de cumplimiento únicamente conforma la fijación voluntaria o legal de un momento en que el cumplimiento ya no queda sometido a la discrecionalidad del deudor, sino que si lo hace es porque está obligado a ello. Desde ese instante, el deudor que cumple no lo hace porque puede, sino porque debe. Así pues, —concluye esta autora—, el señalamiento de un tiempo de cumplimiento determina el momento de exigibilidad de la obligación, mientras que la fijación concreta del tiempo de cumplimiento supone la inmediata constitución en mora del deudor si éste no lo incumple. Por lo tanto, no podemos hablar de infracción obligacional mientras no se haya fijado el tiempo de cumplimiento conforme al artículo 1.100 C.C.".

No se comparte absolutamente la idea de la autora de que en algunos tipos de obligaciones (a plazo o con término inicial) no se puede hablar de infracción obligacional mientras no se haya fijado el momento de cumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.100 del Código civil. Vencimiento y exigibilidad, como a continuación se explicará, no tienen el mismo significado jurídico. Es cierto que en las obligaciones a plazo, el vencimiento del término indica el momento de cumplimiento, pero no lo es que fije el del incumplimiento contractual. Es la exigibilidad la que califica la omisión de la prestación (o la actuación defectuosa) como infracción

obligacional o de ilícito contractual y no el vencimiento. El vencimiento hace referencia al momento de exigibilidad y no a la exigibilidad misma.

El seguir confundiendo constitución en mora e incumplimientos retrasados se debe al pensamiento dogmático tan extendido en nuestra doctrina de que la constitución en mora tiene como finalidad fijar el momento del incumplimiento y, además, únicamente de los incumplimientos retrasados y, a mi juicio, no la tiene. Ni la constitución en mora persigue la determinación del momento del incumplimiento, ni hace referencia exclusivamente a los retrasos. Lo que ocurre, en mi opinión, es que en algún tipo de obligaciones (las sometidas a plazo de cumplimiento o puras) coinciden temporalmente ambos momentos (mora e incumplimiento) y que al utilizar la expresión "tiempo", tanto para el incumplimiento retrasado, como para el tipo general de incumplimiento temporal, se han identificado ambas instituciones. La mora del deudor rige para los incumplimientos temporales o no definitivos, lo que no quiere decir, que sólo se integren en este grupo los retrasos susceptibles de cumplimiento posterior, sino todas aquellas infracciones obligacionales que se caractericen por esta situación de posible cumplimiento futuro¹. Y, efectivamente, la posibilidad de constituir en mora al deudor significa que la obligación es exigible, pero no que haya sido incumplida. La efectiva constitución en mora del deudor coincide con su incumplimiento, porque para que tengan lugar ambos es necesario que se haya requerido al pago al deudor obligado.

¹ En apoyo de esta tesis hay que traer a colación la sistemática del Código. La constitución en mora se encuentra regulada con la pretensión de cumplimiento y el poder coactivo del acreedor. Naturalmente, como ordenaban las fuentes romanas *nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est* (D.50.17.88).

Para entender esta opinión es preciso partir de la siguiente idea: Existe un tipo de obligaciones frecuente en el tráfico jurídico: las obligaciones sometidas a plazo inicial de cumplimiento, a condición o puras que para devenir *exigidas* necesariamente han de venir precedidas de una interpelación del acreedor al deudor *exigiéndole el cumplimiento*. El incumplimiento coincide con la constitución en mora, porque ambos en este caso requieren del acto formal (judicial o extrajudicial) de la intimación. Ni siquiera es un requisito entendido estrictamente de la "constitución" en mora. Lo que sucede es que no se pueden trasladar los riesgos a un deudor que todavía no está obligado a cumplir. Es un deudor cuya obligación es, hasta el vencimiento, la de garantizar el posterior cumplimiento exacto de la obligación y que después de la efectiva exigencia del acreedor, está legitimado para cumplir, ya está facultado para realizar la prestación y si lo hace será un pago que se ajusta estrictamente a las consecuencias jurídicas del pago. Por ello, la interpelación deviene, por decirlo de algún modo, requisito, tanto del incumplimiento, como de la "constitución" en mora (o del traslado de los riesgos fortuitos). Pero, supongamos por un momento que las partes han repartido los riesgos en el acto constitutivo de la obligación y que el deudor responde aún de los casos fortuitos y que hayan, además, pactado un plazo inicial de cumplimiento. En ese caso (contemplado en el primer número del segundo párrafo del artículo 1.100 C.c.) existe una constitución en mora automática o *ex re*. Llegado el término pactado por los contratantes para el cumplimiento la obligación deviene *exigible*, pero para que el deudor sea *incumplidor* será igualmente necesario que el acreedor le exija el cumplimiento, mediante interpelación, porque de lo contrario, habrá comenzado su deber de prestar pero su omisión o inactividad no se podrá calificar rigurosamente como incumplimiento. En las obligaciones a plazo, con condición o las puras, constitución en

mora e incumplimiento suelen coincidir en el tiempo, pero ello no significa que una sea presupuesto necesario de la otra.

Ya se ha visto que el primer requisito para hablar de retraso jurídicamente relevante es la efectiva exigencia o reclamación de la obligación por parte del acreedor. Que la obligación de cumplir nace con la obligación misma, pero sólo cuando ésta deviene actual y el deudor debe en concreto ejecutar la prestación y el acreedor exigirla es configurable el retraso¹. Para expresar esta idea se ha utilizado siempre de manera impropia la fórmula del vencimiento, pero lo que, en realidad, vence no es la obligación, sino el tiempo para su cumplimiento, determinando aquella situación que se denomina exigibilidad. El vencimiento del tiempo de cumplimiento faculta al acreedor para ejercitar el poder de exigir la prestación, pero que nazca tal derecho o la posibilidad de su ejercicio no significa en manera alguna que lo haya ejercitado. En las obligaciones puras o sin plazo, esta facultad del deudor es instantánea, nace en el mismo momento de la celebración del contrato. Si se contempla la situación tanto desde la perspectiva del deudor como desde la del acreedor se puede observar como ambas situaciones o posiciones jurídicas surgen al mismo tiempo. El deber de cumplimiento de la obligación (y derecho de liberarse de ella) coincide cronológicamente con el derecho potestativo del acreedor de exigir la prestación. Esta situación ocurre tanto en las obligaciones de cumplimiento instantáneo, no sujetas a plazo, como en las sometidas a él. La única diferencia existente es que en todas aquellas obligaciones en las que se fija un término inicial o suspensivo de cumplimiento o no se fija ninguno, lo que se está aplazando es

¹ Vid., VALSECCHI, *op.cit.*, pág.245.

la llegada de ese momento coincidente desde ambas perspectivas.

b) Ilícitud del retraso en el cumplimiento.

Aunque ya se ha hecho la necesaria distinción entre el momento de vencimiento y el de exigibilidad, es preciso ahora configurar la antijuricidad o ilicitud del retraso en el cumplimiento de la obligación. El problema al que hay que enfrentarse es el de concretar en qué momento ha de entenderse que el retraso en el cumplimiento constituye incumplimiento contractual. Es importante darle una respuesta exacta a este interrogante, porque de ella dependerá la atribución o imputación de la responsabilidad al deudor por su incumplimiento con las consecuencias o efectos jurídicos que de ella se derivan (indemnización de daños y perjuicios, resolución del vínculo obligacional, pretensión de cumplimiento, *perpetuación de la obligación*).

En el período de tiempo que existe desde que la obligación deviene exigible (vencimiento) hasta que efectivamente se exige su cumplimiento, se puede decir sin temor que existe retraso en el cumplimiento, puesto que no sólo ha vencido el término para comenzar a cumplir, sino que ya se ha actualizado la obligación de cumplimiento del deudor. Por consiguiente, si el deudor, llegado el término inicial de cumplimiento,

no realiza o ha realizado el comportamiento debido se ha retrasado¹. Pero aunque sea lícito hablar de retraso en el cumplimiento de la obligación, no lo es hablar de incumplimiento retrasado. La ilicitud del comportamiento sólo puede venir dada cuando se ha verificado judicial o extrajudicialmente la exigibilidad de la deuda. A partir de ese momento se tratará de una *iniusta dilatio* y el deudor será responsable de su incumplimiento. La justificación a esta afirmación se encuentra, esencialmente, en una norma de nuestro ordenamiento jurídico. Es la contenida en el primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil: hace referencia expresa a los *obligados a entregar o a hacer alguna cosa*. Los deudores de una obligación a plazo todavía no vencida, sólo están obligados a conservar la posibilidad de realizar la prestación en que consiste su obligación y a prestar las garantías suficientes del futuro cumplimiento (art.1.129 C.c.). Es más, si no las prestan, el plazo, puesto a su favor, se entiende vencido y exigido y en consecuencia, se transforma en una obligación pura. Además, el precepto requiere que *se exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación* y esto sólo puede ocurrir cuando el acreedor tenga facultad para hacerlo (art.1.125 C.c.), es decir,

¹ Se podrían identificar, como parece que ha hecho hasta ahora la mayor parte de nuestra doctrina, el vencimiento del plazo de cumplimiento con su conversión en obligación pura o sin plazo en la que los requisitos de vencimiento y exigibilidad son coincidentes en el tiempo. Pero, el hecho de que la obligación *venga* no significa más que es exigible. En las obligaciones con término esencial o final, llamados "negocios a fecha fija", la llegada del término convenido no se limita a determinar el momento en que es exigible la prestación debida, sino que produce efectos jurídicos más amplios, que se relacionan con la esencialidad que la observancia del tiempo produce con respecto del interés del acreedor como fin del negocio. El carácter esencial del término de cumplimiento o de ejecución de la prestación, —como explica DIEZ-PICAZO—, derivará normalmente de una voluntad de las partes expresamente declarada. Puede, sin embargo, a falta de tal voluntad expresa, deducirse de las circunstancias del caso, especialmente en aquellos supuestos en que, por una parte, la naturaleza de la prestación y, por otra, el interés determinante de la finalidad del negocio, así lo exijan. Este interés determinante del fin del negocio, —aclara el civilista—, puede ser solamente interés de una de las partes, siempre y cuando haya sido conocido, o, por lo menos, fuera reconocible para la otra (*vid., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol.II: Las relaciones obligatorias, op.cit., pág.339*).

El tiempo como contenido de la prestación origina que su inobservancia haga devenir imposible el cumplimiento y, en consecuencia, se tenga que hablar de incumplimiento definitivo y no de incumplimiento temporal. En estos casos, tratar el tema de la constitución en mora del deudor será inútil porque ésta por su propia naturaleza sólo se predica de los incumplimientos temporales, susceptibles de un cumplimiento posterior.

con el vencimiento del tiempo de cumplimiento previsto por los contratantes (*nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*). Una vez que se exige el cumplimiento el deudor viene "automáticamente" constituido en mora, lo que significa que todos los riesgos que la prestación pueda sufrir serán de su cuenta. Pero, además, como se verá al tratar específicamente el instituto de la constitución en mora, existen obligaciones que no han sido expresamente sometidas a término inicial en las que no es necesario el acto de requerimiento por parte del acreedor, porque de la propia naturaleza y circunstancias en que ha sido asumida la obligación se deduce que ha habido un reparto de riesgos, aunque esa misma naturaleza y circunstancias que rodean la obligación no permitan objetivamente cumplirla si no es en un determinado período de tiempo (v.gr. fianza, préstamo, depósito, comodato). El artículo 1.100 en su segundo párrafo exonera de la exigibilidad a aquellos supuestos de obligaciones en los que ha habido una previa distribución de los riesgos. Es decir, aquellos casos en los que la propia ley haga soportar al deudor la carga de los casos fortuitos hasta que realice el exacto cumplimiento o cuando las partes hayan pactado convencionalmente el reparto y haya sido el deudor quien los ha asumido o el caso, ya analizado, de que por la propia naturaleza de la obligación y sin haber pacto o ley expresa que lo establezca se ha de presumir que son riesgos inherentes al propio contenido y a la propia naturaleza de la obligación. Este último supuesto, sin duda hay que conectarlo a las obligaciones puras¹ y, más que nada, a aquellas obligaciones en las que aun presumiéndose un plazo de tiempo inicial para el cumplimiento del deudor, sólo el deudor sabe cuándo y cómo debe cumplir.

¹ En las que casi no tiene sentido hablar de traslación de riesgos si son de cumplimiento instantáneo.

Pero es que, además, hay que tener en cuenta, que las excepciones previstas a la constitución en mora mediante interpelación son aplicables no sólo a las inobservancias del contenido temporal de la obligación, sino a cualquier otra circunstancia de la relación obligatoria: el objeto de la prestación, el lugar de cumplimiento, las personas legitimadas para realizar o recibir el pago y el modo de cumplir. Cualquier contravención del tenor de la obligación que sea susceptible de un cumplimiento tardío o posterior será un incumplimiento "moroso" (por el hecho mismo de ser contravención), y todos los eventos fortuitos que puedan afectar a la correcta prestación correrán a cargo del deudor obligado. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el factor tiempo da lugar a la infracción obligacional, pero que si se ha fijado un término inicial de cumplimiento no podrá configurarse como tal hasta que no haya sido efectivamente exigido el cumplimiento de la obligación aplazada. La constitución en mora del deudor regula los incumplimientos temporales, entre los cuales, sin duda, han de incluirse aquellas infracciones relativas a la modalidad de tiempo en el cumplimiento, que aquí se han caracterizado por el hecho de que el deudor tras haberle sido exigida la prestación no ha llevado a cabo acto alguno tendente a su liberación y que es posible su tardío cumplimiento porque éste cubrirá las expectativas del acreedor.

c) Incertidumbre acerca del cumplimiento posterior de la obligación por parte del deudor.

Ya se dijo al comienzo de este epígrafe como la situación jurídica de retraso en el cumplimiento (en la clasificación dogmática de incumplimiento retrasado) tiene como

presupuesto esencial que exista una incertidumbre objetiva sobre la futura ejecución de la obligación. Si ésta no existe, porque, o bien el objeto de la prestación ha devenido absolutamente imposible, o bien un cumplimiento tardío no satisfaría el interés del acreedor (término esencial), el retraso deberá configurarse como incumplimiento definitivo y no como temporal.

Pero es que, por otro lado, hay que tener en cuenta que la correcta ejecución de la prestación puede verse afectada de una imposibilidad temporal y no definitiva (v.gr., *factum principis*, huelga, enfermedad del deudor). En estos casos, aun no siendo supuestos de incumplimiento definitivo, el retraso podrá o no serle imputado al deudor. Para ello, será necesario acudir una vez más al criterio de inimputabilidad contemplado en el artículo 1.105 del Código civil. Si el deudor prueba que el impedimento sobrevenido es fortuito en el concepto que se acogió más arriba y que, en consecuencia, rompe el nexo causal entre su conducta y los daños derivados de ella, habrá que concluir que se trata de un incumplimiento temporal de la obligación del que no es responsable y que la ejecución de la obligación se suspende hasta que sea posible el cumplimiento. Si por el contrario la imposibilidad no es fortuita el deudor será responsable de los daños que haya causado su retraso. Las imposibilidades han de ser absolutas (no se puede estar impedido a cumplir sólo un poco) lo que no quiere decir que hayan de ser totales, porque pueden ser temporales.

Si se admite la inclusión en el concepto de caso fortuito de las imposibilidades sobrevenidas temporales habrá, necesariamente, de revisarse la máxima "*genus nunquam perit*". Es cierto y aquí no se niega, que el género nunca perece y que siempre hay una

posibilidad de cumplir la prestación cuyo objeto sea genérico. Pero, en cuanto a lo que a la responsabilidad por incumplimiento se refiere, el que el deudor de una obligación genérica se vea afectado por un impedimento sobrevenido, que le imposibilita objetiva y absolutamente cumplir en el momento previsto y pactado su obligación, ya sea un impedimento objetivo o subjetivo, real o personal, no significa que como podrá cumplir con su obligación en el futuro, debe de considerarse responsable de su retraso porque es imposible hablar de caso fortuito. Creemos que será el deudor quien pruebe que si no cumplió exacta y correctamente (en lo que al tiempo se refiere) su obligación fué porque se vió absoluta y objetivamente impedido ha hacerlo por una causa sobrevenida que no le puede ser imputada. Si aporta dicha prueba no se le podrá considerar responsable de su incumplimiento y, en consecuencia, el retraso será irrelevante para el Derecho. No surgirán los efectos típicos del incumplimiento contractual. Al tratarse de un incumplimiento temporal, aunque por el momento no imputable, el deudor continuará obligado a cumplir, porque su obligación no se ha extinguido, pero si el impedimento se alarga en el tiempo de tal manera que lo hace inútil para satisfacer el interés del acreedor, se ha de entender que ha devenido totalmente imposible y se deberán aplicar las reglas del incumplimiento definitivo.

Son tres los supuestos de retraso en los que no existe incertidumbre objetiva acerca de su posterior cumplimiento. Todos ellos, lógicamente, configuran supuestos de incumplimientos definitivos. El primero es aquel en que el deudor no ha hecho nada para cumplir en el momento en el que estaba obligado a hacerlo y la obligación ha devenido absoluta y totalmente imposible. El segundo lo conforma aquel supuesto en el que llegado el momento de cumplimiento, el deudor no ha hecho nada y aun siendo

posible un cumplimiento tardío, éste no satisfará el interés del acreedor. El tercero, es el de que sea el propio deudor quien rechace voluntaria y deliberadamente el cumplimiento de la obligación, aun siendo esta posible y satisfactoria para cubrir las expectativas del acreedor. En todos ello, se puede afirmar que no existe incertidumbre sobre el cumplimiento posterior y, en consecuencia, deberán ser tratados como incumplimientos definitivos.

3.- Efectos del retraso jurídicamente relevante.

Para hablar de retraso jurídicamente relevante, es necesario desechar todas la hipótesis de retrasos definitivos que, aún siendo naturalmente relevantes para el Derecho, se les aplican las reglas de los incumplimientos definitivos, es decir, no cabrá la pretensión de cumplimiento, ni la *perpetuatio obligationis* o traslación de los riesgos, porque estos efectos, por su propia naturaleza, sólo son posibles de aplicarse a los incumplimientos temporales. Además, tratándose de obligaciones sometidas a plazo suspensivo o inicial, puras o con condición suspensiva, será necesario que se haya exigido su cumplimiento, lo que significa que necesariamente han de haber vencido.

Todas las infracciones obligacionales referentes al tiempo de cumplimiento cuando éste no ha sido exigido por el acreedor, y se trataba de un requisito preceptivo para el ordenamiento, no poseen efectos jurídicos, puesto que no gozan de la calificación de incumplimientos. Por el contrario, en aquellos casos en que la prestación ha sido exigida por el acreedor y, en consecuencia, existe un incumplimiento obligacional

(retraso jurídicamente relevante), éste producirá los efectos que el Código otorga de modo general a todos ellos. El acreedor puede, una vez que ha exigido el cumplimiento y no ha obtenido la respuesta de su deudor, la prestación exacta y completa (y tratándose de retraso, no ha recibido nada), ejercitar todos los medios de defensa del derecho de crédito que se prevén en el ordenamiento.

Si tras el retraso, un cumplimiento posterior no es objetivamente posible (término esencial, según algunos autores, pérdida de la cosa debida, imposibilidad sobrevenida de realizar la prestación) o aun siendo posible no satisface ya su interés, podrá ejercer su derecho a la resolución del contrato¹. Pero, como se dijo más arriba, el ejercicio de este derecho potestativo ha de ser de buena fe, lo que lleva a decir que si no es así, el Tribunal que conozca del caso podrá si así lo estima justificado, fijar un término (final) para el cumplimiento tardío de la obligación. Si como aquí se ha defendido, mora e incumplimiento, en algunos supuestos², coinciden en el tiempo, por el acto de la exigencia o interpelación, cuando se actúe la resolución del contrato el deudor estará ya en mora, pero esta realidad *de facto*, lo que no significa es que sea un presupuesto de aquella. Sólo lo será del incumplimiento cuando la actuación de la exigibilidad sea necesaria para otorgarle relevancia la retraso como infracción obligacional. En cualquier caso hay que tener siempre en consideración que la resolución es un remedio que el

¹ En realidad, si se habla de retraso como posibilidad de cumplimiento posterior y satisfacción tardía del interés del acreedor, no será viable aplicar la resolución del contrato, puesto que éste tendrá lugar en los retrasos definitivos y no en los temporales.

² Porque no coinciden en todos aquellos otros supuestos de constitución en mora automática o *ex re* en que ya hubo una previa distribución de los riesgos y, en consecuencia, el deudor estará constituido en mora (es decir correrá con los riesgos fortuitos) desde el momento mismo de la celebración del contrato o desde otro que pacten convencionalmente las partes.

legislador prevé para las obligaciones sinalagmáticas y que, en consecuencia, será presupuesto de la misma no sólo la exigibilidad de la deuda, sino que el acreedor que la inste haya cumplido ya su contraprestación o se haya allanado a llevarla a cabo, si es de cumplimiento posterior a la del deudor. Este requisito viene contemplado en el último párrafo del artículo 1.100 del Código civil: *"En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro"*. Esta norma, sin duda, hace referencia a las obligaciones de cumplimiento simultáneo. A las de cumplimiento no simultáneo habrá de aplicárseles la regla general proyectada en la primera parte del precepto (obligaciones a plazo con cumplimiento no simultáneo de obligaciones). En las de ejecución simultánea, la exigibilidad de ambas prestaciones surge en el mismo momento que las propias obligaciones y, en consecuencia, las dos partes contratantes estarían en mora. Es decir, cada una de ellas corre con los riesgos de los casos fortuitos que puedan afectar a sus respectivas prestaciones. Habría una concurrencia de moras, entendida como asunción o atribución de los riesgos contractuales. Esta situación jurídica perduraría hasta que uno de ellos cumpla su obligación. La importancia de la regla viene dada por el hecho de que que ambas prestaciones deben ser cumplidas en el mismo momento y es por ello, que aunque haya habido exigibilidad, el traspaso de riesgos no se hace efectivo hasta que una de ellas haya cumplido lo que le incumbe. A partir de ese momento, la parte incumplidora se encontrará automáticamente constituido en mora.

El acreedor de una obligación retrasada puede optar por el cumplimiento tardío de la obligación. En este caso, el deudor se entiende constituido en mora desde el

momento mismo del requerimiento que le hizo el deudor para lograr el pago, si era una obligación a plazo y, en consecuencia, todos los riesgos fortuitos que afecten en el futuro al cumplimiento correrán a su cargo. Si se trataba de una obligación en que los riesgos ya le habían sido atribuidos (*mora ex re*) el deudor continuará obligado a cumplir, si así lo quiere el acreedor, porque además, los fortuitos no le exoneran de responsabilidad, ni extinguen su obligación. Hay que dejar claro que el artículo 1.100 del Código civil no es otra cosa, más que una norma de distribución de riesgos. Los riesgos se atribuyen, a falta de otro criterio (legal, convencional o implícito en el contenido de la obligación), desde que el cumplimiento ha sido efectivamente exigido y la exigibilidad de la deuda sólo crea problemas cuando la obligación está sometida a un plazo inicial o suspensivo para su cumplimiento o a una condición suspensiva. En las obligaciones puras la exigibilidad surge con el nacimiento de la obligación y, en consecuencia, al deudor puede constituirse en mora desde el momento de celebración del contrato, porque desde entonces está obligado a cumplir y se le podrá requerir el cumplimiento. Los demás son supuestos de mora automática o *ex re* en los que se puede hablar, de manera general, de la aplicación de la máxima *dies interpellat pro homine*. Sin embargo, en las obligaciones a plazo y en las puras no se sabe cuándo el deudor incumple. Se conoce cuándo viene facultado a ejecutar la obligación sin que se trate de un pago anticipado, es decir con todas las consecuencias y efectos generales del pago. Pero es necesario fijar el momento del incumplimiento para que surja la responsabilidad.

En cuanto al efecto de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el retraso ilícito hay que recordar la confusión que entre retraso y mora se ha producido tradicionalmente. A las sanciones que el ordenamiento reserva a las infracciones

obligacionales ilícitas y especialmente al retraso "jurídicamente relevante" se le ha denominado "mora". Se dice desde antiguo que para que el retraso dé lugar a la indemnización de los daños es necesario que haya ido precedido de la constitución en mora del deudor. En este trabajo como se sabe se defiende la autonomía e independencia de ambas figuras jurídicas. La indemnización cubre la necesidad de compensar al acreedor de los daños que el incumplimiento haya irrogado a su patrimonio (incluso de defiende la indemnización del daño moral). La constitución en mora del deudor cubre el sistema de riesgos contractuales, es decir, atribuye al deudor incumplidor los riesgos de los casos fortuitos que no hubiera asumido hasta ese momento. Pero, en realidad, ambos institutos coinciden finalmente en el tiempo. Surgen, aun cubriendo necesidades diversas, en un mismo momento. El deudor para responder de los daños causados por su retraso ha de ser incumplidor y, este presupuesto sólo se verifica, como ya se ha explicado, con la exigencia efectiva de la prestación por parte del acreedor. Exigencia, que por otro lado, traspasa los riesgos fortuitos al obligado. En las obligaciones sometidas a plazo final de cumplimiento el problema no surge, porque todos los presupuestos se dan desde el momento de la perfección del contrato. Coinciden en el tiempo vencimiento, exigibilidad y constitución en mora, de tal manera que si el obligado no cumple no sólo será, en principio, responsable de su incumplimiento, sino que, además, está constituido en mora, lo que significa, que objetivamente un todos los fortuitos están a su cargo. Pero en las obligaciones sujetas a término inicial de cumplimiento o a condición suspensiva o las que no tienen plazo, es necesario determinar el momento en que la omisión del comportamiento debido ha de ser considerada como infracción obligacional o incumplimiento contractual. Para ello, es necesario que la obligación devenga exigible y que efectivamente se exija. Este

momento de la efectiva exigencia o reclamación del cumplimiento por parte del acreedor es lo que determina el momento del incumplimiento y lo que a su vez hace efectivo el traslado de los riesgos al obligado. Antes de ese momento el deudor no puede ser considerado responsable de su retraso, porque carece de los presupuestos legales necesarios para otorgarle la calificación de ilícito contractual y, en consecuencia, no surgirán los efectos típicos del incumplimiento.

El artículo 1.101 del Código civil, desde esta perspectiva, puede estar contemplando este supuesto. A mi juicio hace referencia a la ilicitud no solamente de los incumplimientos definitivos, sino también de los temporales. Es decir, para el ordenamiento jurídico igual de infracciones son las que tienen posibilidad de purgarse con un cumplimiento tardío, que las que definitivamente han de calificarse de incumplimientos absolutos. Quizá en la literalidad del precepto español, esta idea sólo se pueda intuir, pero, sin duda alguna, de su antecedente francés y del italiano de 1865 se desprende sin problemas. En ambos ordenamientos se establece una clara diferencia entre "incumplimiento" y "retraso", lo que ha llevado a la inmensa mayoría de la doctrina a afirmar que el retraso no es en sí mismo un incumplimiento verdadero y propio y, en consecuencia, se le han venido negando, todas las consecuencias jurídicas que de él se derivan. Sin embargo, creo que es más acorde con el sentir general que se desprende de los conflictos del tráfico y con la lógica jurídica admitir que en definitiva lo que se está contemplando en estos preceptos es la configuración de cualquier tipo de infracción de la obligación como incumplimiento, como ilícito obligacional. Ya sea definitivo y no susceptible, por tanto, de un cumplimiento posterior, o ya sea temporal, el ordenamiento los considera ilícitos y generarán, en la medida y proporción

correspondiente a su gravedad, las consecuencias que deban generar. El retraso "jurídicamente relevante" o el "incumplimiento retrasado" es susceptible de originar por sí solo, como las demás infracciones, la obligación de indemnizar y el contenido de esta compensación se determinará de acuerdo con los daños que el acreedor pruebe que ha sufrido por esta causa. Creo que es normal que el término "retraso" haya venido siendo identificado con el de "mora", porque, como se ha visto, coinciden en el tiempo. No puede existir un retraso "jurídicamente relevante" o un "incumplimiento retrasado" si no coincide con la constitución en mora del deudor, porque ello significaría que no ha habido incumplimiento, o lo que es lo mismo que no ha sido exigido el cumplimiento. No basta, como reiteradamente se ha puesto de manifiesto, el hecho de que la obligación devenga exigible para hablar de incumplimiento. Es necesaria la *efectiva exigencia o reclamación*, porque de lo contrario, el deudor no habrá incumplido y gozará todavía de la facultad de cumplir. En las obligaciones con término final, vencimiento, exigibilidad y constitución en mora son automáticos, surgen con la misma obligación y, por tanto, el incumplimiento de la obligación, da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios. En las obligaciones sinalagmáticas habrá de estarse a su tiempo de cumplimiento y si son de cumplimiento simultáneo, el problema de su la determinación del momento del incumplimiento se resuelve cuando uno de ellos haya cumplido o se allane a cumplir lo que le incumbe (*exceptio non adimpleti contractus*). Desde ese momento ya no existe concurrencia de incumplimientos contractuales, sino que la configuración como incumplimiento vendrá dada por el cumplimiento de la parte que lo reclama. En las de cumplimiento no simultáneo, las reglas a aplicar son las mismas que las de las obligaciones con plazo inicial de cumplimiento.

IV.- ALGUNOS REMEDIOS COMUNES A TODOS LOS TIPOS DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION.

Después de analizar una por una todas las lesiones del derecho de crédito que tradicionalmente se vienen tratando¹, se ha de llegar necesariamente a la conclusión que el sistema de responsabilidad contractual trazado por el legislador de 1889 es sustancialmente uniforme. Ante un incumplimiento contractual el ordenamiento jurídico obliga al incumplidor a responder de su incumplimiento. El único límite que se establece a la responsabilidad es el caso fortuito. Será el deudor quien deba probar que se vió sobrevenidamente impedido de realizar la prestación prometida por una causa que no pudo prever o que aun habiéndola previsto no pudo evitar. La noción de imposibilidad viene concretada por su carácter de absoluto y objetiva, lo cual significa no ha de haber imposibilitado del todo (no basta con que sea una mera dificultad) la ejecución de la prestación y aun habiendo afectado a la persona del deudor ha de haber incidido directamente sobre la prestación misma. Para comprobar si efectivamente se trata de un suceso fortuito es necesario que se haya roto el nexo causal entre el comportamiento debido del deudor y la consecuencia producida, es decir, el incumplimiento de la obligación.

¹ Aunque, a mi juicio, la clasificación tradicional de los incumplimientos contractuales es más práctica que lógica, puesto que se mezclan los criterios de clasificación. No se puede, desde mi punto de vista, utilizar indistintamente el criterio de la posibilidad de un cumplimiento tardío con el de la corrección o exactitud de la prestación realizada y con el de la observancia del tiempo de cumplimiento. Si se utiliza el primero, se deberá hablar de incumplimientos definitivos y temporales (sea el que sea el tipo de infracción que se está analizando). Si se emplea el de la exactitud de la prestación, deberá distinguirse entre exactos y defectuosos y si se usa el de la observancia del tiempo de cumplimiento entre tempestivos y retrasados. Si se le añade el criterio de la divisibilidad del incumplimiento se hablará de incumplimientos totales o parciales y si se toma el criterio de la conducta del obligado, serán incumplimientos dolosos y no dolosos. Aun así, en este estudio se ha adoptado la clasificación tradicional porque desde el punto de vista práctico delimita bien todos los supuestos a los que se quería hacer referencia en el estudio de la constitución en mora del deudor.

Pues bien, si el deudor no ofrece esta prueba exoneratoria, deberá responder de su incumplimiento. Esto quiere decir, desde la perspectiva del deudor, que su patrimonio y su persona deberán soportar todos las consecuencias económicas negativas de su infracción. Desde la perspectiva del acreedor significa que su derecho de crédito vendrá protegido por todos los medios de defensa que el ordenamiento otorga a su titular para que ejerza tal protección. Estos remedios o consecuencias económicas negativas, dependiendo de la perspectiva de la relación obligatoria que se contemple, son las mismas para cualquier tipo de infracción y surgen con la infracción misma, sin necesidad de cualquier otra añadidura: pretensión de cumplimiento tardío, resolución del vínculo contractual, indemnización de los daños y perjuicios causados y *perpetuatio obligationis* o traslación de los riesgos contractuales fortuitos.

1.- La pretensión de cumplimiento. El llamado cumplimiento "por equivalente"

Una vez que se ha comprobado el hecho real del incumplimiento (lo que puede suceder porque habiendo probado el acreedor su crédito exigido, el deudor no la ha destruido, probando el cumplimiento o la extinción de la obligación)¹, si lo que se

¹ Hay que tener en cuenta que cuando el crédito deviene exigible tras el vencimiento de la obligación, el acto por el que el acreedor le reclama o exige el cumplimiento al deudor es en realidad pretensión de pago (extrajudicial).

ejercita es la acción de cumplimiento y es todavía posible el cumplimiento en forma específica, será éste el que el juez deba ordenar¹. Para que sea viable el ejercicio de esta acción que duda cabe que es necesario que se haya conservado la posibilidad de prestar. Pero ¿qué ocurre si ello ya no es posible y la obligación ha quedado "perpetuada" por la constitución en mora del deudor?. Se dice por algunos autores² que deberá ordenarse el cumplimiento por equivalente y que la naturaleza de esta acción es distinta a la del resarcimiento aunque ambas se concreten en una suma dineraria³.

¹ Cuando el deudor hubiera cumplido sólo parcialmente, se dirige a obtener aquella parte de la pretensión que no ha sido ejecutada.

² PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad contractual*, tomo II, vol. I^a, parte especial, Ed. Bosch, Barcelona, 1989, pág. 192, denuncia la confusión que reina todavía en nuestra doctrina acerca del cumplimiento por equivalente. Dice que "es bien evidente y claro que el *"id quod interest"* corresponde al pago de aquella prestación que el deudor se había comprometido a realizar con exactitud, temporalmente puntual y en el lugar oportuno. Y siendo así, como efectivamente lo es, no se comprende que una gran parte de la doctrina se haya empeñado en no clarificar esta situación, que por otra parte no colabora científicamente a enmarcar los conceptos dentro del espacio jurídico que les corresponde, y así, de esta manera, dejar fijado, de una vez por todas, que una cosa es la cantidad de dinero que corresponde al acreedor en sustitución de la prestación debida, que se concreta nada más producirse el incumplimiento de la obligación, y no ser posible un resarcimiento específico o in natura, y otra muy diferente, es aquella otra suma, también pecuniaria, que basándose en la propia infracción solutoria se haya podido producir en concepto de daños y perjuicios ulteriores en el tiempo al *"id quod interest"*, que reemplaza simultáneamente a la prestación desvanecida por la mismísima violación del derecho a la que era originaria. Operándose eso sí, por la mediación de la recepción de un *"aliud pro alio"*, porque otra cosa no significa la entrega de la sustitución prestatoria por la originaria prestación, que una *"in solutum datio"* de naturaleza novatoria, por sus propios términos.

Aclara este autor que la diferencia que propone no es el resultado de una mera elucubración del espíritu. "Si la cantidad por equivalente o en sustitución de la prestación, que no se ha realizado ni se puede, —dice PASCUAL—, se distingue debidamente de aquellas otras que puedan corresponder al acreedor, en concepto de daños y perjuicios ulteriores al incumplimiento, resultará todo más fácil en la contienda judicial o proceso por virtud del cual se aspira a conseguir el equilibrio patrimonial lesionado por el ilícito contractual. En el escrito inicial de la demanda bastará, respecto a la prestación resarcitoria primera, que el demandante pruebe la existencia de la obligación y afirme su incumplimiento por parte del solvens, reservando para el período de prueba la reafirmación de aquella existencia del compromiso que el deudor dejó incumplido. Los otros daños y menoscabos que por consecuencia del no-cumplimiento se hubieran podido causar sí que precisarán una prueba minuciosa, que ha de correr por cuenta del que los afirma, pues al tenor de lo que hemos dicho cubría la posibilidad de que éstos no se hubieran dado."

³ En contra de esta distinción, entre otros, BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, *El incumplimiento de las obligaciones*, op.cit., pág. 46. Para este autor el empleo de la expresión *"id quod interest"* para abarcar también en su concepto el cumplimiento por equivalente es demasiado amplia, puesto que comprende cualquier tipo de resarcimiento de daños contractuales, extracontractuales, materiales y morales. En su opinión, es más expresiva y más adecuada a la realidad objetiva del incumplimiento de la obligación, emplear la misma terminología del Código civil: indemnización de daños y perjuicios que es la consecuencia jurídica cuando "lo que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad o lo que de cualquier

Llegados a este punto hay que tomar posición a favor de la tesis de que en efecto no hay que confundir la acción de cumplimiento por equivalente con la indemnización de los daños y perjuicios. El cumplimiento por equivalente únicamente se puede exigir cuando la prestación haya devenido imposible por cualquier causa y que esa forma de cumplimiento satisfaga el interés del acreedor. La única manera de que ocurra ésto es que el incumplimiento no sea definitivo. Sería absurdo que un acreedor ante un incumplimiento definitivo, que se viene definiendo como aquel que ya no es posible o que siéndolo ya no satisface su interés interpusiera una acción de cumplimiento. La acción de cumplimiento por equivalente está pensada sólo para aquellos casos en los que el cumplimiento es todavía posible y satisface el interés de acreedor y que posteriormente deviene imposible bien imputable, bien fortuitamente. Se dice que su valor pecuniario puede satisfacer ese interés. Por esta razón el cumplimiento por equivalente únicamente encuentra su aplicación en el ámbito de lo que se ha denominado o catalogado incumplimientos temporales (cumplimiento tardío, defectuoso y parcial). Por otro lado, la suma pecuniaria fijada por el juez debe corresponder al valor de la prestación debida (*aestimatio rei*), independientemente de la posterior fijación de la indemnización de los daños y perjuicios si los hubiera.

otro modo contravinieren al tenor de aquellas", que es lo que nos indica el artículo 1.101.

Pone de relieve, además, que en el supuesto de incumplimiento de la obligación, cualquiera que sea la causa que lo origine, al dar entrada al resarcimiento de daños y perjuicios se produce un cambio en el objeto de la obligación, de la prestación; ésta no será en forma específica, sino por equivalencia, que en la práctica se traducirá siempre en un resarcimiento, en una indemnización de naturaleza patrimonial. Es en esta hipótesis, —a juicio del autor—, cuando adquiere pleno sentido el artículo 1.911 del Código civil y cuando resulta evidente la vertiente patrimonial de la estructura de la obligación. El cumplimiento del *id quod interest* es la consecuencia jurídica más clara del incumplimiento de las obligaciones, es decir, cuando se llega a la fase del cumplimiento forzoso por equivalencia o, lo que es lo mismo, por resarcimiento de daños y perjuicios en la situación límite en la que no se puede recurrir al cumplimiento *in natura*, o a expensas del deudor, sino directamente *sobre su patrimonio* recurriendo al resarcimiento de los daños y perjuicios.

Siguiendo las ideas procedentes del Derecho romano y no siendo infiel a los datos que el código nos aporta (arts.1.124, 1.478, 1.486 sobre la compraventa, 1.556, 1.568 del arrendamiento, 1.625 sobre los censos, 1.718 y 1.729 del mandato, etc.) creo que lo correcto dogmáticamente es considerar la *aestimatio rei* independientemente de los daños y perjuicios, ya que cumplen funciones diversas. Es cierto que, al traducirse ambas en una suma dineraria es difícil la separación de ambos institutos. Pero sobre esta diferencia no se duda cuando lo que se pide es el cumplimiento en forma específica, en cuyo caso se admite que éste es independiente de la indemnización de los daños. El cumplimiento por equivalente tiene una función condenatoria que puede extinguir la relación contractual, puesto que equivale al pago o cumplimiento (si bien forzoso), mientras que la función de la indemnización o resarcimiento es la que su propio nombre indica, resarcitoria de los daños originados por el incumplimiento. La confusión entre ambas acciones, -acción de cumplimiento y acción de indemnización *ex art.1.101*-, aparece en el resultado final. Si se analiza despacio se puede deducir que la *aestimatio rei* es el valor de la cosa o servicio, y los daños se concretan tanto en el daño emergente (en el que se incluiría, por otro lado, la *aestimatio rei*), como en el lucro cesante y éstos no se identifican.

En el Derecho romano, perpetuada la obligación, las sucesivas vicisitudes de la prestación no se toman en consideración y la responsabilidad del deudor subsiste aunque se produzca una posterior imposibilidad sobrevenida. La suma fijada por el juez se consideraba como "equivalente" pecuniario de la prestación (*aestimatio rei*) y concretaba el interés pecuniario del acreedor en tener la prestación, pero no el daño sufrido por él. La doctrina del Derecho Común, al lado de esta idea, elaboró un sistema en el que la

obligación incumplida daba lugar a la indemnización de los daños y perjuicios. Pues bien, para algunos autores, en el Código confluyen ambas ideas. Así, mientras los arts. 1.101, 1.106 y 1.107 hablan de daños y perjuicios que son consecuencia de la mora, del incumplimiento y de la contravención de la obligación, los arts. 1.156, 1.182 y 1.184, establecen supuestos en que la obligación queda extinguida por la imposibilidad sobrevenida, frente a otros en que tal cosa no ocurre. Pero no se puntualiza cuáles son las consecuencias de la obligación por imposibilidad sobrevenida imputable al deudor, lo que suscita la duda acerca de si en estos casos existe o no un derecho al valor de la prestación o *aestimatio rei*, previo e independiente de la indemnización de los ulteriores daños y perjuicios. La opinión de GARCIA GOYENA pareció inclinarse en esta dirección, al señalar que siempre que la obligación no se extingue por la imposibilidad sobrevenida, pero exista imposibilidad, el derecho del acreedor se concreta en la indemnización. El Código, sin embargo, no siguió en este punto al Proyecto de 1851 y ello deja abierta la cuestión. La objetivación de la estimación del valor de la prestación ha sido considerada por algunos autores como una vía de objetivación de la responsabilidad, sobre todo arrancando del perjuicio de que los daños sólo se deben por culpa. Pero puede que no exista ninguna razón de fondo, una vez que las líneas de objetivación de la responsabilidad se han dibujado, para separar del régimen de la *aestimatio rei* del de los restantes daños, ni para pensar que en los supuestos en que, según los arts. 1.182-1.184, no se extingue la obligación, ésta no se transforma en la de indemnizar los daños y perjuicios.

Fuera como fuere, haya o no que diferenciar ambas partidas, lo cierto es que finalmente se resuelven en la indemnización de los daños y perjuicios. El valor de la

prestación deberá integrar la partida del daño emergente junto a los demás perjuicios que se deriven del incumplimiento definitivo. Sin duda, la obligación ha quedado perpetuada, en el sentido de que el deudor no se exonerará de su responsabilidad por el caso fortuito, es decir responde de cualquier tipo de imposibilidad. Pero, la única manera de resolver la cuestión es mediante la indemnización pecuniaria. Es por ello, por lo que algunos autores en vez de denominarlo cumplimiento por equivalente, lo denominan indemnización por equivalente.

Con la acción de resolución del vínculo contractual ocurre algo parecido. Nadie ha dudado de la compatibilidad o independencia de ambas acciones, la de resolución y la de compensación por los daños. Si se resuelve el contrato, el deudor deberá devolver lo que recibió del acreedor. Este a él nada, si no cumplió en absoluto. Si cumplió parcialmente, le entregará la parte que le hubiera dado. Si no pide daños, no ocurrirá nada más, lo mismo que si los pide y no prueba su existencia o probándola no resulta responsable. Pero si sucede lo contrario, le deberá compensar los daños. El problema es la valoración y cuantificación de los daños, pero no la *aestimatio rei*. Pero lo importante, a mi juicio, es diferenciar ambas figuras, puesto que en una hay que hacer un juicio de imputabilidad y de responsabilidad y en el otro basta únicamente el hecho del incumplimiento. ¿O es que hay alguien que duda que si el deudor no cumple y el acreedor acciona el cumplimiento, habrá de seguirse un juicio de imputabilidad para que consiga el cumplimiento, que se traduce en el valor de la cosa que contrató que a su vez se corresponde con el precio que pagó?. ¿Hay alguien que duda que si solicito la resolución ha de seguirse un juicio de imputabilidad y posterior responsabilidad para que al acreedor se le restituya sin más el precio que pagó?. ¿Es que acaso, coincide el precio

con la indemnización de los daños y perjuicios que todo esto le ha causado?. ¿Bastará con que le devuelva lo que le dió?. ¿Y si no demanda la indemnización de los daños?. Lo que sucede, en mi opinión, es que cuando existe una imposibilidad de entregar la cosa *in natura*, lo más corriente es que el acreedor resuelva y no que solicite el cumplimiento por equivalente. En este punto se debe recordar la idea de PANTALEON PRIETO de que "*cuando se identifican de modo absoluto el "hecho que exonera de la obligación de indemnizar el daño derivado de la falta de cumplimiento" y el "hecho que extingue o suspende la obligación originaria" se termina, o llevando la responsabilidad contractual más allá de lo sensato, o excluyendo pretensiones de cumplimiento que pueden ser perfectamente satisfechas o ejecutadas"*.

La excepción de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*) sólo se produce cuando la relación obligatoria tiene carácter sinalagmático. Proporciona un medio de defensa útil para el deudor cuando el acreedor que ha instado la acción de cumplimiento no ha ejecutado la prestación que estaba a su cargo. La doctrina deduce la existencia de la *exceptio non adimpleti contractus* del último párrafo del art.1.100 Código civil, que establece que ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir lo que le incumbe. Por consiguiente, el supuesto para oponer la excepción de incumplimiento contractual es el de que ninguno de ambos contratantes haya cumplido, a tiempo, es decir, una vez vencidas y exigidas, su prestación. Además que ambas prestaciones sean objetivamente posibles y que sean idóneas realizadas tardíamente para satisfacer el interés de ambos contratantes. La estimación de la excepción provocará la desestimación de la demanda de cumplimiento, si el interesado no hace simultaneamente una oferta de cumplimiento, lo que no

significa, en ningún caso, que se extinga el derecho reclamado por el acreedor, sino simplemente su suspensión temporal, hasta que ejecute su prestación. Una vez que el demandante, ahora ya único acreedor, ha cumplido puede optar entre pedir el cumplimiento o la resolución ex art. 1.124 CC. Además, empezará la mora para el otro. A mi juicio, efectivamente, el último párrafo del art.1.100 C.c. recuerda que en las obligaciones sinalagmáticas ninguno de los obligados puede exigir nada, interponer eficazmente acción alguna, si éste a su vez no ha cumplido. Una vez que lo ha hecho, podrá defender su derecho de crédito con las medidas legalmente previstas para ello.

2.- La indemnización de los daños y perjuicios.

El artículo 1.101 del Código Civil establece con carácter general la responsabilidad del deudor por el incumplimiento obligacional y una de las consecuencias de tal responsabilidad: la indemnización de los daños y perjuicios causados. Dispone el artículo que *"Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas"*.

Sé ha dicho que con carácter general la responsabilidad debitoria, porque sólo establece una de las consecuencias jurídicas que origina, es decir, la indemnización de

daños y perjuicios, lo que no significa que el deudor incumplidor no esté sujeto a otras consecuencias que pueda generar su infracción: por ejemplo al cumplimiento forzoso en forma específica, al traslado del riesgo, a la resolución del vínculo contractual, etc.. La obligación de indemnizar es sólo uno de los medios que se articulan para compensar los daños, pero no el único. Además, es regla general de la responsabilidad del deudor porque solamente enuncia los supuestos o fundamentos de la misma, dejando su regulación específica a otros preceptos. Así, los artículos 1.100, 1.102, 1.103, 1.104, 1.105, 1.106 y 1.107, 1.182 y siguientes y 1.096 y siguientes, todos del mismo cuerpo legal. Al igual que el artículo 1.902 enuncia los presupuestos necesarios para hablar de responsabilidad extracontractual o aquiliana, el artículo 1.101, a mi juicio, hace lo mismo con la responsabilidad contractual o derivada de una relación obligatoria previa.

Esta idea se puede avanzar del siguiente modo: El artículo 1.101 es el dedicado por el Código civil a establecer las distintas fuentes de la obligación de indemnizar que surgen de una relación obligatoria. Según este precepto son cuatro: el dolo, la negligencia, la morosidad y la contravención de cualquier modo al tenor de la obligación. Esta enumeración tiene tres características fundamentales: La primera es que los cuatro supuestos de hecho tienen un punto en común: su localización en el período de cumplimiento. Esta constatación tiene gran importancia, porque significa que el artículo 1.101, en contra de la función que se pretende desempeñe en el Código civil, *no agota* las fuentes de la responsabilidad obligacional. La segunda peculiaridad es la heterogeneidad de sus supuestos: dos de ellos son subjetivos y se fundamentan en el comportamiento del deudor: el dolo y la negligencia; y los otros dos son objetivos, y se refieren a la obligación en sí misma: la mora y cualquier contravención del tenor de la

obligación. Esta heterogeneidad en la configuración es la que ha dado lugar, desde los primeros comentarios al Código a una gran confusión y a diversas teorías. Y la tercera y última peculiaridad del precepto es que sanciona tanto los incumplimientos temporales, como los definitivos. Esta característica es difícil de deducirla del sólo tenor de la norma, pero si se acude a sus precedentes históricos y de Derecho comparado, se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que se reprime cualquier contravención obligacional, ya sea definitiva (es decir, no susceptible de un cumplimiento futuro), como temporal.

No hace falta recordar aquí los ríos de tinta que han corrido por dar una interpretación dogmática correcta de este confusísimo artículo. Es innegable que nuestro legislador, extrañamente, mezcla los conceptos de cumplimiento e incumplimiento, los fundamentos de responsabilidad, el tiempo y el modo en el cumplimiento de las obligaciones, otorgando un trato absolutamente indiferenciado al hecho mismo del incumplimiento y a sus distintas formas de manifestarse. Pero, el gran defecto de este precepto, denunciado hasta la saciedad por todos nuestros autores, no es este abandono de la técnica legislativa y de la claridad conceptual, sino el olvido de sus antecedentes históricos y de sus precedentes legislativos, del fundamento primero y último de la responsabilidad contractual y de los límites de la misma. Podría parecer, si no fuera porque en otras materias del Derecho de obligaciones denota una cierta preocupación por la claridad, que estamos ante un legislador que defiende la extraña tesis de que cuanto más abstracto, difícil y confuso sea un precepto más vida tendrá.

Sin duda, tanto los antecedentes históricos como los precedentes legislativos son una clave importante para desenmarañar este entuerto. Cuando además, se demuestra,

como explica magistralmente DIEZ-PICAZO que *"cuando uno trata de captar más lúcidamente el fenómeno de la responsabilidad debitoria que estamos analizando, y efectúa un recorrido a lo largo del articulado del Código civil, le llama la atención y le produce una cierta extrañeza la existencia de lo que podríamos llamar varios hilos conductores o la superposición de estratos diferentes. En la superficie se encuentran una serie de máximas o de reglas generales, concebidas abstractamente y generadas por inducción o por generalización de anteriores experiencias o por obra de un pensamiento lógico jurídico que ha procedido a partir del exámen de la obligación de dar cosas específicas. Son resumidamente, los artículos 1.101-1.105 y algunos otros más (1.094, 1.096, 1.122, 1.136, 1.147, 1.183, etc...). a otro nivel, en cambio el sistema se descompone en un rico casuismo y determina un pluralismo de regímenes jurídicos de responsabilidad: del vendedor, del arrendatario, del comodatario, etc..".* Es cierto que no basta intentar dar respuesta a la redacción del 1.101 desde el propio precepto, sino que se debe descender al siguiente nivel que es el de las distintas manifestaciones de la responsabilidad según se trate de un negocio jurídico u otro, pues no se debe olvidar que, probablemente en el origen de todo el derecho estuvo una casuística, de la que el derecho no ha logrado nunca despegarse completamente, por más esfuerzos que para ello haya hecho.

Se puede afirmar, en línea de principio, que en la Compilación Justiniana, la responsabilidad contractual es eminentemente subjetiva. Se funda en el dolo y la culpa-negligencia como criterios básicos de imputación. Esta idea se deduce inequívocamente del siguiente texto de *Ulpiano* (D. 50, 17, 23): *"Algunos contratos tan sólo exigen la responsabilidad por dolo malo y otros por dolo y culpa: por tan sólo dolo, el depósito*

y el precario; por dolo y culpa, el mandato, el comodato, la venta, la prenda, el arriendo, asimismo la dación de dote, la tutela, la gestión de negocios, en los cuales se exige también la diligencia; la sociedad y la propiedad exigen la responsabilidad por dolo y culpa. Pero esto es así siempre que no se haya convenido una responsabilidad mayor o menor en el contrato que sea, pues debe observarse lo que se ha convenido en un primer momento, excepto lo que cree Celso que no vale, de convenir que no se responda por dolo, pues esto es contrario a los juicios de buena fe, y así se observa en la práctica. De los accidentes y la muerte de animales, si suceden sin culpa, así como de las fugas de los esclavos que no suelen estar atados, de los robos, tumultos, incendios, inundaciones y asaltos de bandidos, no responde nadie". De una rápida lectura de este fragmento se puede concluir que el Derecho romano clásico estableció un *quantum* de responsabilidad distinto para los distintos tipos de contrato. Sin embargo, silencia las diversas maneras de asumir convencionalmente el riesgo. La puerta la deja abierta. Puede pactarse una responsabilidad mayor y una menor, pero nunca excluirse la responsabilidad por dolo. En defecto de convención, el dolo y la culpa son los criterios de imputación de la responsabilidad. Parece que el dolo es tratado como una violación de la confianza que ha puesto una parte en la otra y que no es susceptible de graduación. Así podemos comprobarlo en el siguiente pasaje: "Si al vender un fundo hubieses declarado en una cláusula que lo que se hubiera exigido del arrendatario como renta habrá de acceder al comprador, estimo que del cobro de la renta debes responder no solamente por la buena fe, sino también por la diligencia; es decir, no solamente carecer de dolo, sino también de culpa. Se añade [sin necesidad] estas palabras: "[no habrá] dolo malo por parte del vendedor; el cual, aunque esto no se hubiese añadido, debe abstenerse siempre del dolo" (D. 18. 1. 68, 1 y 2).

"Veamos ahora si la acción de comodato se refiere al dolo, a la culpa o incluso a todo riesgo. Ciertamente en los contratos respondemos a veces sólo por el dolo, otras veces también por la culpa; por el dolo en el depósito, pues como no hay utilidad para el depositario, con razón se responde sólo por el dolo, a no ser que se señale acaso un alquiler (porque en ese caso, como está establecido, se responde también por culpa), o se convino desde el primer momento que el depositario responda por la culpa y por el riesgo; más allí donde hay utilidad para las dos partes, como en la compra, en el arrendamiento, en la dote, en la prenda, en la sociedad, se responde por el dolo y por la culpa. El comodato no tiene utilidad generalmente más que para el comodatario, y así es más exacta la opinión de Quinto Mucio cuando cree que debe responder por la culpa y de su diligencia, y si la cosa se dió acaso con estimación, que debe responder de todo riesgo aquél que aceptó paga la estimación". (D.13. 6. 5. 2 y 3)

Explica PLANITZ que en el Derecho alemán antiguo, anterior a la recepción del Derecho romano, el deudor sólo cumplía con su deuda mediante la realización de la prestación. El no cumplimiento era un "agravio punible". Era del todo indiferente la circunstancia o el motivo para no haber llevado a cabo la prestación. Lo importante es que el acreedor recibiera aquello que se le había prometido, y por tanto, el deudor no podía alegar, en caso alguno, que la imposibilidad de la prestación no le era imputable, respondía del caso fortuito. En el caso de la compraventa, el riesgo de la pérdida o menoscabo fortuito de la cosa vendida pasaba al comprador con la entrega. Sin embargo, poco tiempo después, se empezaron a excepcionar de la regla algunos casos en los que la imposibilidad derivaba de una fuerza mayor (entendida como caso fortuito externo a la esfera de poder del deudor), siempre y cuando el contrato fuera de la sola utilidad del

acreedor, que el deudor cumpliera algunos deberes de información o que en el evento dañoso se hubiesen destruido tanto las cosas propias del deudor como las confiadas a éste por el acreedor. En todos los demás supuestos, el deudor respondía objetivamente de su incumplimiento indemnizando los daños y perjuicios causados al acreedor. Tras la recepción del Derecho romano se mezclan los principios alemanes y romanos: la exoneración de responsabilidad al deudor en el supuesto de que tanto las cosas suyas propias como las confiadas por el acreedor hubieran sufrido el mismo destino, se fundamentaba en el supuesto de la *diligentia quam in suis*. En el caso de que el contrato fuese de la sola utilidad del deudor (prenda, comodato, depósito retribuido), debía responder incluso de culpa *levis*, pero si la ventaja era del acreedor tan sólo respondía por culpa *lata*¹.

En el Derecho alemán vigente —continúa explicando este autor—, el deudor ha de responder de dolo y de toda culpa. Respondiendo, en algunos supuestos, sólo de la culpa grave² y, en otros del caso fortuito: así por ejemplo, los ferrocarriles y los correos responden por los accidentes que sufran las mercancías y los viajeros, incluso aunque se deban a fuerza mayor.

Pero también, en los precedentes legislativos más inmediatos a nuestro artículo 1.101 se encuentran el artículo 1.147 del *Code Napoléon* que condena al deudor "*si ha lugar, al pago de los daños y perjuicios, ya sea en razón de incumplimiento de la obligación, ya sea en razón del retraso en el cumplimiento, cuantas veces no justifique que el incumplimiento proviene de una causa ajena, que no puede serle imputada,*

¹ Párrafo 99 del Código suizo de las obligaciones de 1911; 276 del B.G.B alemán de 1896.

² B.G.B.: 300, 521, 599, 277, 690, 708.

aunque no haya ninguna mala fe por su parte". Y , acto seguido, en el artículo 1.148, se exonera al deudor de tal responsabilidad "cuando por consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito fue impedido de dar o de hacer aquello a lo que se había obligado, o hizo aquello que le fue prohibido". Por su parte, y como ya se ha explicado en el epígrafe dedicado a este ordenamiento, en el Código Civil italiano de 1865, derogado por el actual, se aprecia una absoluta influencia francesa en esta materia al haber traducido literalmente las reglas anteriores en sus artículos 1.225: "el deudor será condenado al resarcimiento de los daños, tanto por el incumplimiento de la obligación como por el retraso en la ejecución, cuando no pruebe que el incumplimiento o el retraso ha derivado de una causa extraña, no imputable a él, aunque no haya intervenido mala fe por su parte", y el 1.226: "El deudor no estará sujeto al resarcimiento de ningún daño, cuando a consecuencia de una fuerza mayor o un caso fortuito estuvo impedido de dar o de hacer aquello a lo que estaba obligado o hizo aquello que le fue prohibido".

En ambos casos, y, sin duda, por influencia de POTHIER, estas normas se incorporan, dentro del Libro Tercero dedicado a las obligaciones, en un capítulo cuyo título es *"Del efecto de las obligaciones"*. Haciendo un brevísimo recorrido, otra vez, por el Derecho de obligaciones de POTHIER, se puede verificar como fué su *"Tratado de las obligaciones"* el inspirador directo de ambas legislaciones. Distinguía, el tratadista, las obligaciones según fuera su objeto, en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. A su vez, en el ámbito de las obligaciones de dar diferenciaba entre las obligaciones de dar "un cuerpo cierto" y las de género ilimitado. Las reglas que dicta para cada tipo de obligación son, en síntesis, las siguientes:

1º.- Todas las obligaciones de dar son susceptibles de ejecución forzosa en forma específica. Además, para que exista incumplimiento es necesaria la constitución en mora que tiene lugar con la simple citación judicial¹, salvo el caso de los ladrones que siempre están en mora para la restitución de la cosa robada². La constitución en mora, que determina el incumplimiento del deudor, tiene el efecto general de crear la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el retraso y la entrega de todos los frutos que se hayan percibido y a los que se hubieran podido generar desde el día de la citación o de la puesta en mora³.

2º.- Las obligaciones de dar una cosa cierta y determinada, además de someterse a las reglas anteriores, se sujetan a reglas especiales que se refieren a la posibilidad de que la cosa debida se pierda o deteriore. Si por regla general, el obligado cumple entregando la cosa en el estado en que se encuentra al momento de celebrarse el contrato, la pérdida o deterioro de la misma hace surgir la obligación del resarcimiento de los daños y perjuicios. En esta especialidad, a su vez, diferencia varios supuestos: En

¹ N.142: "Observad que, según nuestras costumbres, un deudor no se reputa como obligado a dar la cosa debida por él, mas que mediante una demanda judicial hecha en forma, y solamente a contar del día de esa demanda". Esta idea, en mi opinión, ha de conectarse con lo que se ha explicado acerca de las obligaciones a plazo.

² N. 144: "Es necesario exceptuar de nuestra decisión a los ladrones, quienes están reputados como debiendo satisfacer la obligación que han contratado de restituir la cosa robada, desde el mismo instante que la han contratado por el robo que han cometido, sin que sea necesario para ellos demanda alguna judicial".

³ N.143: "Es todavía efecto de la obligación de dar, por parte del deudor, el que cuando ha sido requerido para que satisficiera su obligación, sea requerido por los daños y perjuicios que debe al acreedor, con motivo de dicho requerimiento, y que venga obligado a indemnizarle, caso de que no satisfaga la obligación en el momento de que ha sido requerido.

También es en virtud de ese principio, que el deudor está obligado a dar razón al acreedor, no solamente de los frutos percibidos, sino de todos aquellos que se habrían podido percibir por el acreedor después del requerimiento hecho al deudor". Se vuelve a observar como diferencia POTHIER la distinta función que opera el requerimiento al cumplimiento, ya que posee el efecto de determinar el momento del incumplimiento y en consecuencia, obligar a la indemnización, además de trasladarle al deudor los riesgos fortuitos, puesto que con la exigencia del cumplimiento lo ha situado en mora.

primer lugar, si la pérdida o deterioro, debido a caso fortuito o fuerza mayor, ha tenido lugar porque la cosa ha sido expuesta al "*casus*" por culpa del deudor¹. El segundo supuesto se refiere al caso de que la pérdida o deterioro de la cosa debida ha ocurrido estando ya constituido en mora el deudor, siempre que la cosa no se hubiera perdido igualmente estando en poder del acreedor, caso en que no repondería del deterioro². El último supuesto es el más estudiado por POTHIER: se trata del caso en que la pérdida o deterioro de la cosa se hubiera podido evitar con la custodia y construye detalladamente la obligación de custodiar como una obligación subsidiaria a la de dar cosa específica³.

Si estas reglas son las generales establecidas por POTHIER para cada tipo de obligación, pueden, sin embargo, sufrir excepciones dependiendo de las particularidades

¹ Ejemplifica esta regla de la siguiente manera: "Si os he prestado mi caballo para ir a cierto lugar, y habéis sido atacado por ladrones, quienes os han robado o matado mi caballo, aunque esta violencia que vos habéis sufrido sea un caso fortuito del cual un deudor generalmente no es responsable, sin embargo, si en lugar de seguir el camino ordinario y más seguro, hubiéseis tomado por un camino de travesía, conocido como infestado por bandidos, y en él fuésteis atacado, seríais responsable de ese caso fortuito, por cuanto es vuestra imprudencia quien ha dado lugar al robo" (N.143)

² N. 143

³ Así, explica que cuando es un cierto cuerpo lo que hace el objeto de la obligación, la obligación tiene todavía ese efecto respecto al deudor, que le obliga a tener un cuidado conveniente para la conservación de la cosa debida hasta tanto el pago se haya hecho; y si por falta de cuidado la cosa pereciera, o se perdiera, o se deteriorara, vendría obligado al pago de daños y perjuicios que resultaran para el acreedor". Advierte a continuación que "el cuidado que se debe poner a esta conservación es diferente, según la diferente naturaleza de los contratos o cuasicontratos, de donde descende la obligación".

Esta obligación de diligencia es intrínseca a la propia obligación dar cosa cierta y determinada. El grado de diligencia depende de la utilidad del contrato. En líneas generales, se establece que cuando la utilidad del contrato resulta solamente para quien debe recibir la cosa, el deudor está obligado simplemente a actuar de buena fe responde por dolo o culpa *lata*. Si, por el contrario, la utilidad resulta para las dos partes, el deudor está obligado en lo que respecta a la conservación de la cosa, a la diligencia ordinaria que las personas prudentes usan para sus cosas y, en consecuencia, es responsable también por culpa *levis*. Por último, si el contrato le es útil sólo al deudor, como ocurre en el caso del comodato, éste debe usar toda la diligencia posible y, consecuentemente, responde también por culpa *levissima*.

propias de cada contrato.¹

3º.— Las obligaciones de hacer y de no hacer no son susceptibles de ejecución en forma específica. La regla general establecida por POTHIER es que su incumplimiento da lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios, pero para ello, es necesaria la interpelación judicial o constitución en mora y que el juez fije un plazo de tiempo para que el deudor cumpla lo que se obligó a hacer. Si el deudor cumple en el tiempo concedido sólo deberá pagar a su acreedor los gastos que se la hayan originado y eventualmente el resarcimiento de los derivados por el retraso. Si el deudor no cumple dentro del término, se le condenará al resarcimiento de los daños y naturalmente a los gastos originados². Si la obligación de hacer es a término la regla de la responsabilidad cambia. Si el deudor no cumple dentro del plazo establecido, automáticamente está obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios, a contar desde que transcurrió

¹ N.142: "La Ley 5, 2, D., *commodat*, da esta regla que cuando el contrato no concierne más que a la sola utilidad de aquel a quien la cosa debe ser dada o restituida, el deudor que está obligado a darla o restituirla, no está obligado más que a poner su buena fe en la conservación de la cosa, y por consiguiente, no es responsable sino a causa de una falta tan grande, que a causa de su enormidad, se reputa como si existiera dolo: *tenetur dumtaxat de lata culpe et dolo proxima*. Por ejemplo, el depositario no está obligado a poner más que buena fe en la conservación del depósito que se le ha confiado, y que se ha obligado a restituir, por cuanto el contrato de depósito se hace por la sola utilidad de aquel que ha confiado la cosa, y a quien el depositario se ha obligado a restituirla. Si al contrato concierne la utilidad común de los dos contratantes, el deudor está obligado a llevar a la conservación de la cosa que debe, el cuidado ordinario que las personas prudentes tienen en sus negocios, y por consiguiente, es responsable de la más ligera falta. Por ejemplo, el vendedor está obligado de esta falta para aquel a quien se ha obligado a entregar la cosa vendida; el acreedor es responsable de esta falta en relación de la cosa recibida en amortización, a la restitución de la cual se ha obligado: por cuanto los contratos de venta y amortización se hacen para utilidad respectiva de los contratantes. si el contrato no se hace más que para la sola utilidad del deudor, como, por ejemplo, cuando se trata de un contrato de préstamo, está obligado a tener, respecto de la conservación de la cosa, no solamente un cuidado ordinario, sino todo el cuidado posible; y por consiguiente, es responsable de la más ligera falta.

Esta regla recibe, sin embargo, numerosas excepciones".

² N.146

inútilmente el término¹. La misma solución da para las obligaciones de no hacer². El deudor de una obligación de hacer o de no hacer viene exonerado de su responsabilidad si el incumplimiento se ha debido a un caso fortuito o fuerza mayor, pero entendiendo siempre éste en sentido objetivo. Ahora bien, tiene el deber de avisar al acreedor de la fuerza mayor que le ha impedido realizar la prestación a la que se había comprometido. Si incumple este deber no se exonera de la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios, salvo que también se vea impedido de realizar el aviso por causa de fuerza mayor³.

Como se puede observar, el régimen de responsabilidad obligacional proyectado por POTHIER era un régimen eminentemente objetivo. El incumplimiento de las obligaciones de dar genéricas era sancionado con una responsabilidad absoluta. Para todos los demás tipos de obligaciones se establecía una responsabilidad objetiva con su límite en la fuerza mayor. Además, las obligaciones de dar específicas se agravaban, puesto que si la cosa había sido expuesta a la fuerza mayor por culpa del deudor, éste no venía exonerado de su responsabilidad, agravamiento que se hacía extensivo a todos los casos de pérdida o deterioro de la cosa que podía haber sido evitado con la custodia. Deber de custodia que viene atenuado al construirse como un deber de diligencia.

¹ La explicación del supuesto es fácil, dice POTHIER: *"Si yo he encargado a un procurador de hacer en mi nombre oposición al decreto de una heredad que se me había hipotecado, y que ese procurador haya dejado interponer el decreto sin hacer la oposición, está obligado a darme daños y perjuicios, bien que no haya formado demanda contra del mismo para que me los dé, pues que el tiempo dentro del cual sabía que esta oposición había de ser hecha, tenía lugar la demanda"*.

² N.148: *"El efecto de la obligación que una persona ha contratado de no hacer tal cosa es, que si la hace está obligada a daños y perjuicios que resultan del perjuicio que se le ha causado haciendo aquella cosa, siendo así que se había obligado para con él a no hacerla"*

³ N.149

Las soluciones proyectadas por POTHIER se traspasaron íntegramente salvo alguna modificación formal, al *Code Napoleon*, en el que se mantiene la distinción entre obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Para las primeras se establece que la obligación de dar incluye la de consignar la cosa y conservarla hasta el momento de la entrega (art.1.136 C.C) y que la obligación de velar por la conservación de la cosa, para los contratos útiles a uno o a ambos contrayentes, se sustancia en el uso de la diligencia de un buen padre de familia, salvo en casos particulares para determinados contratos (art.1.137 C.c). Por el contrario, para las obligaciones de hacer, se establece que en caso de incumplimiento, se responde por daños y perjuicios (art.1.142 Code) y en las obligaciones de no hacer el incumplidor está siempre obligado a indemnizar los daños y perjuicios por el solo hecho del incumplimiento (art.1.145 Code).

Se puede afirmar, por consiguiente, que los codificadores renunciaron a la tipificación de los grados de culpa y continuaron poniendo el límite a esta responsabilidad en el caso fortuito o *vis maior*. Idea que se desprende del tenor literal del artículo 1.148 Code en el que se exonera al deudor de tal responsabilidad "*cuando por consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito fue impedido de dar o de hacer aquello a lo que se había obligado, o hizo aquello que le fue prohibido*". Sin embargo, introdujeron un nuevo precepto, el 1.147, que establece la obligación general de indemnizar los daños derivados del incumplimiento o retraso, independiente de la mala o buena fe del obligado. Esta innovación, según los codificadores del Code Napoleone, debía cubrir una laguna del proyecto de POTHIER y reafirmar el principio de la responsabilidad por culpa propio del Derecho común. Parece que, en efecto, se trató de una simple laguna el hecho de que POTHIER definiese con precisión el ámbito de aplicabilidad de el principio de responsabilidad en las obligaciones de dar y lo

olvidase del todo en las obligaciones de hacer. Quizá, porque este principio, en este tipo de obligaciones, está siempre implícito, ya que cada hacer tiene sentido sólo si está definido en su modalidad, en el caso concreto. Está implícito porque, por principio, nadie puede estar obligado a hacer "*en absoluto*", sino que deberá hacer en un modo concreto, de acuerdo a reglas técnicas, directivas pactadas, atención apropiada: criterios todos ellos conforme a los que la obligación de hacer es exigible, pero más allá de los cuales el hacer no es debido¹. Que el sentido que quisieron darle los compiladores a este añadido a las reglas de POTHIER fuese éste, parece que resulta de modo inequívoco de los trabajos preparatorios del Código². La norma contenida en el art. 1.147 del Code aparece por primera vez en el Proyecto de la Comisión de Gobierno presentada el 12 de agosto de 1800 y, posteriormente en el proyecto presentado por BIGOT-PREAMENEU al Consejo de Estado en 1803. En las discusiones que precedieron a la definitiva codificación, REGNAUD preguntaba si era suficiente una causa extraña al deudor para justificar su retardo y si no era necesario reducir la excusa al solo caso de la fuerza mayor. BIGOT-PREAMENEU respondió que la excusa había sido ya reducida a límites razonables y TREILHARD sintetizó diciendo que, en general, los daños y perjuicios se deben solamente si el deudor ha incurrido en culpa. MAURICAULT observó que la "*causa extraña*" del artículo 1.147 se presentan en la serie de causas que exoneran de la obligación de resarcir el daño como distinta del caso fortuito y de la fuerza mayor.

¹ De manera análoga juegan los principios sobre las cualidades de la cosa objeto de una obligación de dar, en la que el deudor responde de la ausencia de las calidades debidas, pero no de aquellas no debidas.

² Vid., CANNATA, A., *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (le regole della responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1981, pág. 993.

El Proyecto de 1851, alejándose en este punto de la técnica francesa, ideó del siguiente modo el precepto (artículo 1.011): *"Quedan sujetos a la indemnización de perjuicios y abono de intereses los contrayentes: 1º. Por dolo; 2º. Por negligencia; 3º. Por contravención a lo pactado, aunque sea en el modo de ejecutarlo; 4º. Por morosidad en el cumplimiento de la obligación"*. Algunos de nuestros autores opinan que mientras que el precedente francés fue aprovechado en Italia, incluso antes de la codificación unitaria, y desde luego, fue reproducido literalmente en los artículos antes citados del Código civil italiano de 1865, en España, García Goyena, que en forma tan acertada fué sensible a los requerimientos del Código civil francés, se inventaba en este punto una fórmula que poco o nada tenía que ver con la adecuada configuración dogmática de la figura. Como es fácil de comprobar, a mi juicio, en estos Códigos se establecía el fundamento de la responsabilidad en el hecho mismo del incumplimiento, independientemente de la conducta dolosa o negligente del deudor. Es el hecho objetivo de la contravención de la obligación lo que hace generar la responsabilidad del deudor (*"El deudor está condenado, si ha lugar, al pago del resarcimiento de los daños, tanto por el incumplimiento de la obligación, como por el retraso en el cumplimiento"*). Siendo, además entendido el caso fortuito como una imposibilidad (y no mera dificultad) de realizar la prestación o llevar a cabo el servicio (*"cuantas veces no justifique que el incumplimiento proviene de una causa ajena"*). Y, la imputabilidad aparece referida a la causa extraña que ha generado la imposibilidad de cumplimiento, pero no al hecho mismo del incumplimiento o del retraso en el cumplimiento (*"que no puede serle imputada"*). A mayor abundamiento, finaliza: *"aunque no haya ninguna mala fe por su parte"* que, en mi opinión, es esta última frase la que mayor importancia tiene en la comprobación de que en estos códigos se establece un sistema objetivo de responsabilidad contractual, puesto que ha de interpretarse como la exclusión expresa

de cualquier criterio de imputación en el incumplimiento. El legislador dispone expresa y claramente la idea de que la buena fe del deudor no basta para exonerarle de una condena al resarcimiento de los daños y perjuicios. Lo que se explica fácilmente, como lo hace BAUDRY-LACANTINIERE, porque, contratando, el deudor se ha obligado a ejecutar su obligación y no a abstenerse simplemente de cualquier fraude en relación a esta ejecución. Sin embargo, acertadamente continúa el autor, los jueces deberían tener en cuenta la buena fe en el momento de determinar la cuantía del resarcimiento de los daños, de acuerdo con el artículo 1.150 del Código civil francés, 1.228 del italiano de 1865 y 1.107 del nuestro actual.

Y creo que GARCIA GOYENA no se aleja en este punto de los otros Códigos, como ha querido ver parte de nuestra doctrina, sino que introduce el dolo y la negligencia en el cumplimiento de las obligaciones como dos fundamentos más de la responsabilidad del deudor, en vez de como títulos de imputación del incumplimiento. De tal manera que si el obligado actúa con dolo o negligencia deberá responder de los daños y perjuicios que su conducta haya irrogado a la otra parte, aunque se haya cumplido la obligación. Estos supuestos (números 1º y 2º) son distintos al contemplado en el número 3º del artículo 1.011, que expresamente dice "*por contravención a lo pactado*", por lo que conecta al supuesto del incumplimiento definitivo, así como el parcial o defectuoso, en cuanto que hace alusión, al incluir "*aunque sea en el modo de ejecutarlo*", a la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados por aquel contrayente que, en el cumplimiento de su obligación, contraviene de algún modo (circunstancias de lugar, calidad, cantidad, deberes de información, custodia, conservación, gestión, etc...) lo pactado.

Además, se ha alabado la fórmula utilizada por el legislador de 1889 por contar con la ventaja de distinguir, en primer término, entre el incumplimiento definitivo de las obligaciones y el retraso en el cumplimiento, y en segundo término, el factor de objetividad, aunque de forma muy matizada e imperfecta, que habrá de permitir en el futuro, tal como sucede en el actual artículo 1.218 del Código civil italiano de 1942, decantarse en la imposibilidad de la prestación como factor determinante y caracterizador del fenómeno del incumplimiento. Pero, retomando la defensa del Proyecto de 1851, hay que afirmar rotundamente que estas cualidades se pueden predicar de la fórmula prevista por GARCIA GOYENA, que en sus dos últimos números diferencia claramente y sin matices, el incumplimiento de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones. Por tanto, es acreedor de las mismas alabanzas, ya que otorga con su formulación, las mismas ventajas que el Código francés del que, sin duda, se inspiró y así lo reconoce tan someramente en sus comentarios y concordancias, no dando más explicaciones que las absolutamente necesarias, es decir, las relativas a las dos innovaciones que introdujo con respecto a sus antecedentes: el dolo y la culpa como fundamentos de la responsabilidad del deudor, y no como títulos de imputación de la misma. GARCIA GOYENA al redactar este precepto, no sólo no se aleja de las otras codificaciones, sino que al comentarlo y concordarlo se limita a decir que *"todos los Códigos están de acuerdo sobre este artículo: el dolo y la culpa o negligencia no deben perjudicar sino a su autor y los números 3º. y 4º. envuelven por lo menos culpa"*. Si, al contrario de lo que suele ser habitual en él, no se muestra prolijo en su explicación del artículo 1.011 del Proyecto de 1851 es, precisamente, porque sigue fielmente las ideas introducidas por el Code, y asumidas por los demás códigos, e introduce éstos dos nuevos fundamentos de la responsabilidad que en las demás codificaciones aparecen cuando regulan el caso fortuito y la fuerza mayor como límites a la responsabilidad derivada del incumplimiento

o del cumplimiento defectuoso de las obligaciones.

Decía acertadamente COVIELLO a finales del siglo pasado, que la responsabilidad por culpa y la responsabilidad sin culpa no son la regla y la excepción, sino más bien dos tipos coordinados de responsabilidad. La responsabilidad objetiva, no es una responsabilidad anómala. Es cierto que hasta hace poco tiempo, era la responsabilidad por culpa la que tenía un papel preeminente en nuestra casuística. Sin embargo, actualmente se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que debido al desarrollo de la actividad económica y a los progresos tecnológicos y científicos, tienden a aumentar los casos en que encuentran más aplicación las reglas de responsabilidad objetiva. En definitiva, a mi juicio, que en estas codificaciones se establece el principio según el cual, el incumplimiento para que exonere al deudor de responsabilidad ha debido estar determinado por una imposibilidad de realizar la prestación, imposibilidad originada por una causa extraña al deudor y que no le sea imputable.

La referencia a los precedentes, sin duda es crucial para entender que nuestro actual precepto relativo a la responsabilidad por incumplimiento sigue, malogradamente, estas premisas legislativas y que no existe fundamento alguno para pensar que el legislador de 1889 se ha querido separar precisamente en este punto del modelo recogido por las demás codificaciones. Por consiguiente, se puede afirmar como punto final de esta parte de la investigación que en este precepto se diseñan o mejor dicho, se ejemplifican o enuncian, las modalidades de incumplimiento: la mora y la contravención del tenor de la obligación y el dolo y la negligencia (dos de carácter subjetivo y dos de carácter objetivo, aunque, en definitiva, en la contravención de cualquier modo se pueden incluir todas ellas). Si el deudor de una obligación incumple o no cumple en el

modo y tiempo previsto para ello es responsable de los daños y perjuicios que directa y necesariamente se deriven de su falta de cumplimiento (artículo 1.107 del Código civil). En pocas palabras, la responsabilidad contractual prevista en el artículo 1.101 del Código civil se acciona por el mero acto de incumplir la obligación preestablecida¹.

Antes de finalizar esta materia quisiera aclarar, que he venido utilizando indiferentemente los términos incumplimiento y retraso, porque el régimen de responsabilidad contractual por incumplimiento establecido en el artículo 1.101 del Código Civil, es aplicable a todos los supuestos de contravención, ya sea incumplimiento definitivo, temporal o defectuoso. El artículo 1.101 habla de morosidad y de contravención "de cualquier tipo", porque en el fondo la morosidad no es otra cosa que otra clara manifestación de contravención del tenor de la obligación, al infringir la circunstancia o modalidad referente al tiempo, esencial para un exacto cumplimiento de la obligación. Por tanto, todo lo que se ha dicho y lo que se diga vale para cualquier hipótesis de lo que hemos venido denominando lesión del derecho de crédito².

¹ En palabras de PASCUAL ESTEVELL "en el marco de nuestro sistema de daños al analizar el significado lógico-jurídico de las reglas del 1.101 del Código y de su desapasionada comprensión no se extrae otra conclusión que la de que "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que de cualquier modo contravinieren el tenor de la obligación". Cuestión distinta, como tantas veces se ha puesto de manifiesto en este trabajo, es averiguar, una vez ratificado el hecho del incumplimiento o retraso, y por consiguiente, activado el mecanismo de la responsabilidad, cómo influye en ella el hecho de que el incumplimiento o retraso vino determinado por una imposibilidad originada por dolo o negligencia del deudor o, por el contrario, por un impedimento extraño a él.

² El máximo exponente de esta doctrina, a la que no quiero llamar culpabilista a pesar de la tradición por los motivos que más adelante expondré, es CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, 9ª ed., Madrid, 1958, al que había precedido SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho Civil*, tomo IV, 2ª ed., Madrid, 1899. Posteriormente la han seguido manteniendo, MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII, vol.I, 6ª ed., Madrid, 1967; PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, *Derecho de obligaciones*, vol. I de Ennecerus-Lehmann, 2ª ed., Barcelona, 1954; ESPIN CANOVAS, *Manual de Derecho civil español*, tomo III, Madrid, 1974; PINTO RUIZ, *Incumplimiento de las obligaciones civiles*, en Nueva Enciclopedia jurídica, editorial Seix Barral, Barcelona 1965; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de obligaciones*, vol. I, 2ª ed., Barcelona, 1985; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, Tomo II, vol.I, Barcelona 1970; MARTINEZ CALCERRADA, *Cumplimiento defectuoso de la prestación*, en la R.C.D.I., 1975, pp. 1335 y ss.

Se comparte con DIEZ-PICAZO¹ la opinión de que puede tenerse como firme la idea de que la indemnización entraña un valor de compensación o de resarcimiento sin que pueda poseer ningún alcance punitivo del ilícito llevado a cabo por el deudor que ha incumplido, ni, por regla general, de los lucros que éste haya obtenido con tal incumplimiento, fuera de los casos en que pueda concurrir una acción de enriquecimiento. Deberá considerarse como daño toda situación desventajosa en que el acreedor se vea colocado como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito y que éste no puede medirse únicamente, de acuerdo con los postulados de la llamada teoría de la diferencia, por la diferencia entre el valor de su patrimonio antes y después de la lesión, sino que exige una comprobación más amplia de la situación patrimonial entera. El objetivo de la indemnización ha de ser el colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiera existido lesión contractual, es decir, si el derecho de crédito hubiera sido regular y perfectamente ejecutado. Lo que exige una comparación del patrimonio total. La fijación del patrimonio no debe tener, por ello, como punto temporal de referencia el momento de producción de la lesión, sino el momento en que se dicte sentencia en el caso de que la indemnización se fije procesalmente. Más aún: en el momento en que el acreedor efectivamente la recibe, de manera que la variación de las circunstancias quede comprendida en la indemnización².

¹ Vid., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.683.

² En lo que se refiere al cálculo de la indemnización, en este trabajo se acoge de manera absoluta las opiniones de DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.683 y siguientes.

3.- La perpetuación de la obligación. Discusión en torno al contenido de la prueba.

Nuestro sistema de responsabilidad por daños contractuales, como se ha visto, no se diferencia de los de nuestro entorno. El deudor, se ha afirmado, se exonera de su responsabilidad probando que el incumplimiento fue debido a un caso fortuito. Pues bien, el sistema de riesgos articulado en nuestro Código y en los de Derecho comparado, establece el mismo criterio de exención, con carácter general. Sólo se exonera el deudor de la pérdida, deterioro o destrucción de la cosa debida, es decir de la imposibilidad sobrevenida, probando que fué debido a un caso fortuito.

El art. 1.094 Código civil dispone que el obligado a dar lo está también a conservar la cosa con diligencia. Acto seguido, el ordenamiento introduce una serie de disposiciones generales, que luego concreta para cada tipo de contrato, acerca la facultad del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación (*compeler al deudor a que realice la entrega* del art.1.096.I, *pedir que se cumpla a expensas del deudor* del art. 1.096.II, *mandar ejecutar a su costa* del art.1.098 o *decretarse que se deshaga lo mal hecho* del 1.098.II). A esta facultad o derecho potestativo, que el acreedor puede ejercitar una vez que la obligación deviene exigible, el ordenamiento le conecta otro efecto: la atribución de los riesgos por el incumplimiento de lo prometido, una vez, claro está, que la obligación sea exigida, es decir, que el acreedor haya ejercitado su facultad coactiva. Así, el art. 1.096, después de establecer la acción de cumplimiento forzoso, dispone que los riesgos en caso de constitución en mora serán del deudor hasta que cumpla. La distribución de los riesgos contractuales es absolutamente necesaria en las

relaciones obligatorias. Los eventos fortuitos que pueden afectar a la buena marcha de la relación obligatoria son innumerables y, es por ello, que las partes o la ley, deben disponer qué parte contratante debe correr con los efectos negativos o positivos que se pueden derivar de todas estas vicisitudes. A mi juicio, nuestro ordenamiento aplica de modo general la regla *periculum est debitoris*¹. Es decir el obligado a dar o a hacer alguna cosa corre con los riesgos de los casos fortuitos desde que incumple su obligación, ya que con anterioridad a este momento el fortuito extingue la obligación, y no es necesario realizar reparto alguno de los riesgos. El vehículo articulado por el legislador para el traspaso o la atribución de los riesgos es la constitución en mora del deudor incumplidor. Sólo es necesario emplear este mecanismo cuando nada han pactado las partes a este respecto, o la ley nada prevé, o lo que es lo mismo, que la constitución en mora sea automática. El sistema seguido por el ordenamiento es sencillo: el hecho del incumplimiento de la obligación hace traspasar todos los riesgos futuros a su incumplidor. Pero al igual que existen obligaciones en las que determinar el momento del incumplimiento no ofrece problema alguno, hay otras (las obligaciones con plazo inicial o suspensivo de cumplimiento) en las que sí. Será la efectiva exigencia o reclamación de la prestación la que concrete el incumplimiento de la obligación y a partir de ese momento el deudor incumplidor se encontrará en la situación jurídica de mora o, lo que es lo mismo, correrá con los riesgos de los fortuitos. Esta regla no nace

¹ En este punto, siempre se ha dicho que el artículo 1.452 C.c., hace una particular aplicación de la llamada perpetuación de la obligación en la materia denominada de los riesgos de la compraventa. Si la cosa vendida se pierde, en poder del vendedor, encontrándose éste constituido en mora en su obligación de entrega, no se aplica la regla según la cual el riesgo es del comprador. El artículo 1.452 del Código civil establece que "el daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182". Este precepto atribuye los riesgos del fortuito al vendedor que se encuentra en mora de entregar la cosa vendida (o aunque no esté en mora porque la obligación de entrega no ha vencido o ésta no ha sido exigida por el comprador, se ha perdido por su culpa). Si la cosa se halla en poder del vendedor, existe una presunción *iuris tantum* de culpabilidad que el vendedor sólo podrá romper mediante prueba en contrario.

de la intuición, sino de los artículos 1.096, 1.100 y 1.182 y siguientes del Código civil.

Cuando, a continuación de establecer el sistema de responsabilidad contractual por daños, independiente según el artículo 1.096 de la facultad de ejecución forzosa que se le otorga al acreedor insatisfecho, retoma en los arts. 1.182 y siguientes la regulación de la pérdida de la cosa debida o imposibilidad sobrevenida de la prestación, establece con carácter general que:

1º) La obligación queda extinguida por la imposibilidad sobrevenida fortuita siempre que no sea imputable al deudor y antes de que éste esté constituido en mora, es decir, antes de que le hayan sido atribuidos los riesgos, porque en tal caso ya serían imputables. Esta norma ha de interpretarse, en mi opinión, de la siguiente manera: si al deudor no se le ha exigido el cumplimiento de la obligación ya vencida, y la cosa perece fortuitamente o el servicio se hace imposible, la obligación se extinguirá. Esto mismo sucederá si la obligación no hubiere vencido. Pero una vez que el acreedor reclamó el cumplimiento y el deudor, en consecuencia, no cumplió (porque si no la obligación habría quedado extinguida por el cumplimiento), si la prestación deviene imposible el deudor no se verá liberado de su obligación. Además, el precepto requiere que la imposibilidad no se haya originado por la culpa o negligencia del propio deudor, lo que es coherente con un sistema objetivo de responsabilidad contractual, puesto que todo lo que es negligente en caso alguno puede ser fortuito. Si el deudor, cuya obligación no había vencido o habiendo vencido no había sido exigida, imposibilita negligente o dolosamente el cumplimiento, no se liberará de la misma.

2º) Por otro lado, en el siguiente precepto se establece una presunción *iuris tantum* de imputabilidad al deudor del riesgo, si la cosa perece o el servicio deviene imposible (cuando no lo tenga ya atribuido por otras causas), siempre que la cosa se encuentra en su poder y aunque todavía no se encuentra rigurosamente obligado al cumplimiento. Esta presunción viene dada por la obligación de custodia de la prestación, por la obligación de conservar y garantizar el cumplimiento que pesa sobre cualquier obligado. El deudor, aunque todavía no esté obligado a cumplir, debe conservar con diligencia la cosa debida o preservar la posibilidad del futuro cumplimiento. Es de esta obligación de las que surgen las garantías conservativas o medidas de tutela preventiva del derecho de crédito del acreedor (arts.1.129, 1.467, 1.502, 1785 y 1788 del Código civil, 47 y 117 de la Ley Hipotecaria y arts.1397, 1.400 y 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3º) Esta presunción no juega para el deudor constituido en mora porque expresamente lo excluye el art. 1.182 al decir "*y antes de haberse éste constituido en mora*" y en el 1.183 cuando dice "*y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096*", que no podrá probar el caso fortuito para exonerarse del riesgo.

Estas reglas dispuestas en modo general en los arts. 1.096, 1.182 y siguientes, se van repitiendo sin excepciones a lo largo del Código para cada contrato.

Con todo ésto, se quiere aproximar la idea de que el sistema de riesgos establecido por el legislador es el siguiente: al obligado del tipo que sea se le imputarán, siempre que la cosa se halle en su poder, los riesgos o imposibilidades sobrevenidas por

la presunción *iuris tantum* de culpabilidad establecida en el 1.183, salvo que pruebe el caso fortuito objetivamente considerado, es decir, que destruya tal presunción. Al deudor constituido en mora, es decir, al que ya se le han traspasado todos los fortuitos, se le imputa el mismo riesgo, pero sin posibilidad de prueba en contrario, puesto que también responde por éste. Se trata de una presunción *iuris et de iure* que no admite prueba alguna para destruirla. En este punto hay que hacer una advertencia y es la de que en todos los demás ordenamientos de nuestro entorno, y a diferencia del nuestro, que regulan exactamente igual esta materia, al tocar el punto de los morosos, entendiendo por tales no los retrasados en el cumplimiento sino a los constituidos en mora, les otorgan la posibilidad de destruir esta presunción mediante la difícil prueba de que la cosa se hubiera igualmente perdido de haberse entregado a tiempo, solución que fué injustificadamente descartada por nuestro legislador.

Es la situación jurídica que se produce con la constitución en mora, por consiguiente, la que origina el efecto especial de la atribución de todos los riesgos al deudor que sobrevengan fortuitamente durante todo el período que dure el cumplimiento tardío de la prestación, es decir, hasta que se purgue el incumplimiento inicial. Si antes se ha dicho que ningún deudor responde de los casos fortuitos, siempre y cuando los pruebe, esta regla tiene su excepción general en los deudores *constituidos en mora*. Siempre se ha dicho que para alcanzar esta situación de "especial responsabilidad" es necesario imponerle, en vía de principio, una carga al acreedor: la intimación o requerimiento al deudor. A partir de ese momento éste correrá con los riesgos de los casos fortuitos. La intimación, sólo es necesaria, según la doctrina mayoritaria, para lograr el efecto de la mal llamada *perpetuatio obligationis* o traslación del riesgo al

deudor y por añadidura, la indemnización de los daños causados por el retraso. ¿Pero qué ocurre con los riesgos de los demás incumplidores?. ¿por qué es necesario un acto posterior de exigibilidad de la deuda, cuando ya se ha exigido una vez?. En realidad, y ésto es lo que aquí se defiende, los riesgos contractuales pueden estar distribuidos por las partes convencionalmente en el mismo momento de celebrar el contrato o en uno posterior. Pueden venir atribuidos por la ley (v.gr. comodato, sociedad) o de la propia naturaleza de la obligación puede deducirse quién de los contratantes debe correr con ellos. Pero, existen otros supuestos en los que no existe base alguna para esta determinación o atribución y el ordenamiento ofrece una norma general de distribución. La regla es: con el incumplimiento se transfieren los riesgos a la parte incumplidora, si no los tenía ya asumidos por otra vía. Lo que ocurre que para la aplicarla es preciso saber *prima facie* cuándo se entiende que el deudor no ha cumplido la obligación, es decir, cuando su comportamiento omisivo deviene ilícito y esta determinación viene dada por el momento en el que el acreedor exija efectivamente el cumplimiento de la obligación. Si después de este acto, el deudor no cumple o lo hace defectuosamente habrá cometido una infracción ilícita de la obligación y se le habrán trasladado los riesgos que puedan afectar a un posterior cumplimiento de la obligación.

No creo, por ello, que en realidad, para interponer la acción de responsabilidad por los daños y perjuicios causados por el retraso en el cumplimiento (ni para actuar cualquier otra medida de defensa del derecho de crédito en este tipo de infracción) sea necesario intimar al deudor, en el sentido que le otorga la doctrina mayoritaria, es decir la constitución en mora como presupuesto esencial de la indemnización, y digo ésto por varios motivos:

1º) Porque si efectivamente fuera así, significaría que el ordenamiento ofrece distinto valor a las infracciones obligacionales dependiendo del tipo de infracción de que se trate, y al retraso no le daría casi ninguno. En realidad, creo que se contemplan como infracciones con el mismo valor tanto las temporales como las definitivas, las parciales que las totales, las defectuosas y tempestivas y que en lo único que el legislador hace distinción es en el comportamiento llevado por el deudor en el cumplimiento de lo convenido, reprochando los incumplimientos dolosos. Si no fuera así, y se estuviera distinguiendo los incumplimientos retrasados de todos los demás, se haría de distinta condición a los incumplidores definitivos y a los defectuosos, cuyos acreedores no estarían obligados a requerir o a intimarles para interponer la acción de resarcimiento. O a la inversa, sería imponerle al acreedor de un deudor retrasado o moroso una carga excesiva que no tiene justificación por el hecho de que el tipo de incumplimiento sea la no observancia de la cláusula referente a tiempo de cumplimiento. No se ve la razón del porqué un deudor definitivo o uno defectuoso es de distinto derecho que uno retrasado.

2º) Desde el punto de vista práctico, sería favorecer, si no fomentar, la morosidad en el tráfico jurídico, porque lo más inconveniente que puede hacer un deudor, desde su perspectiva, es cumplir mal, o no cumplir, puesto que en cualquier caso, si le es imputable deberá indemnizar. Al acreedor de un moroso se le impone, en principio, que haya requerido a su deudor, y si no lo ha hecho ¿no tiene derecho a la indemnización, aunque el retraso le sea imputable al deudor?. Si se sigue la doctrina actual, el acreedor no podría reclamar daños, ni interponer acción de ninguna clase. Se desplaza la diligencia y la imputabilidad al acreedor, que si lo es de una obligación sinalagmática

o ha cumplido ya su contraprestación o se ha allanado a hacerlo. Sin duda, se trata con menos rigor a los morosos, que a los demás incumplidores, cuando lo único que se debe enjuiciar es si han cumplido correctamente su obligación. No se puede exigir como requisito de la responsabilidad por daños, además de la imputabilidad, que viene atribuida con el hecho mismo del incumplimiento, como ocurre en los demás lesiones del crédito, la intimación, porque favorecería de un modo injusto a los deudores morosos. Se suele defender que nuestro derecho de obligaciones está inspirado en el *favor debitoris*, pero no hay razón alguna para apoyar además un *favor debitoris morae*.

3º) Como en los demás incumplimientos, basta que el acreedor pruebe los daños y naturalmente la existencia de una obligación vencida y exigida, para que pueda accionar, como pueden hacerlo los demás acreedores, los medios de defensa de su crédito que le otorga el ordenamiento.

4º) Esto se ratifica con la doctrina consolidada en nuestro país, y en los de nuestro entorno, de que para interponer la acción de resolución por retraso en el cumplimiento, aunque este deba ser de importancia, no es necesaria la previa intimación al acreedor. La alusión a la gravedad del retraso ha de ir siempre referida al abuso del derecho a la resolución, es decir a la facultad valorativa o moderadora que el artículo 1.124 del Código civil otorga a los tribunales para fijar una fecha de cumplimiento tardío si encuentran causas justificadas para no decretar la resolución del vínculo contractual. Lo mismo ocurre con la acción de cumplimiento, pues sería verdaderamente absurdo que un deudor tuviera que intimar extrajudicial o judicialmente a su deudor antes de poder interponer la acción de cumplimiento. 5º) Además, del sólo tenor literal

del art. 1.101 del Código civil no se puede extraer la conclusión de que cuando dice "morosidad" se esté refiriendo a la constitución en mora y no al retraso en el cumplimiento sin más, sobre todo cuando, en los precedentes de nuestro Código, como ya se ha visto, se utilizan indistintamente incumplimiento y retraso y mora y retraso. En los códigos civiles extranjeros la responsabilidad por daños es la misma para cualquier tipo de lesión de que se trate. En todos ellos se habla de retraso y no de constitución en mora, porque se hace referencia a la posibilidad de un cumplimiento tardío posterior, es decir, que incumplimientos lo son tanto los definitivos como los temporales.

6º) El art. 1.100 Código civil, referente a la constitución en mora del deudor, está ubicado antes del art.1.101 de la responsabilidad por los daños, y tiene su razón de ser. Si el legislador hubiera querido que la "morosidad" generadora de la responsabilidad del 1.101 C.c. fuera mediante acto formal de constitución en mora, es decir fuera requisito generador de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, hubiera situado el texto del 1.100 después del enunciado general de la responsabilidad por daños, más concretamente y siguiendo su sistemática entre el 1.104 sobre la responsabilidad procedente de culpa y el 1.105 sobre el límite general a la responsabilidad. A continuación proseguiría con los medios de fijación del *quantum* de la responsabilidad. Sin embargo, el precepto dedicado a la constitución en mora ha sido colocado después de los preceptos dedicados a la conservación de la cosa (1.094), el derecho a los frutos (1.095), la ejecución forzosa de la obligación independiente del 1.101 y la traslación del riesgo en caso de constitución en mora (1.096), la acción de cumplimiento en las obligaciones de hacer (1.098) y en las de no hacer (1.099). Sin embargo, sistemáticamente, regula la acción de cumplimiento con la entrega de frutos, el traslado

de riesgos mediante la constitución en mora al deudor, el modo y momento en que se entiende realizada la constitución en mora y a partir del 1.101 regula la obligación de indemnizar los daños que poco tiene que ver con lo anterior. Después de regular cada tipo de obligación en particular, prevé los modos de extinción de las obligaciones por el orden establecido en el 1.156, entre los que vuelve a aparecer la pérdida de la cosa debida o imposibilidad sobrevenida de la prestación (art.1.182 y ss.).

7º) En los Códigos precedentes al nuestro, el precepto dedicado a la constitución en mora del deudor se encuentra situado, al igual que en el español, junto al cumplimiento forzoso de las obligaciones de dar, pero su sistemática es más perfecta, puesto que al introducir la traslación total del riesgo al deudor constituido en mora, el artículo siguiente lo dedica a la constitución en mora para posteriormente regular el cumplimiento de las de hacer y de las de no hacer. Después de todo ello, comienza a establecer el sistema contractual de daños. En todos ellos, repito, se finalizan las disposiciones generales a cualquier tipo de obligación regulando, en la forma de extinción de las obligaciones la pérdida de la cosa debida, del mismo modo que el nuestro, porque naturalmente la pérdida de la cosa por caso fortuito (siempre que el deudor lo pruebe) constituye un modo de extinción de las obligaciones, pero se exceptúa naturalmente el caso de la constitución en mora.

Los efectos de la mora parecen polarizarse en torno al riesgo, en el sentido de impedir la normal función liberatoria de la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor o fortuita. Se suele decir que la mora, además de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el retraso como efecto propio de cualquier tipo de incumplimiento, produce otra consecuencia que es la llamada

"perpetuatio obligationis". Esta, dentro de ciertos límites, significa que el vínculo obligatorio se hace insensible a la acción de determinados factores, que de lo contrario, provocarían su extinción. Pero no es que esta perpetuación del vínculo ocurra totalmente como para decir, como hacen algunos¹, que el acreedor continúa teniendo derecho a poder pretender el cumplimiento de la obligación, aunque haya sobrevenido una imposibilidad objetiva de la prestación que no ha dependido de la culpa del deudor. Es obvio que una pretensión así, precisamente porque no podría ser satisfecha, dada la imposibilidad de la prestación, no tendría sentido alguno². Si el acreedor, después de que se hubiera verificado tal imposibilidad, demandara judicialmente únicamente el cumplimiento, su demanda sería, acertadamente, desestimada. En realidad, este efecto de la mora se pone de manifiesto no en el mantener inmutable la relación obligatoria, incluso cuando se ha verificado la imposibilidad de la prestación, sino en el sentido de la no-liberación del deudor, incluso en este caso, o más concretamente en hacer operante en su máxima extensión la responsabilidad del deudor por incumplimiento³.

Esta idea se comprende mejor si se considera que cuando el deudor está en mora, es ya un deudor incumplidor, pero que puede todavía cumplir. Si la prestación se torna imposible, no puede cumplir, pero no por ello se ve liberado, porque, en definitiva, no habiendo ejecutado la prestación tempestivamente, se ha colocado él solo en condición de no poderla ejecutar más. Aunque el hecho que ha producido la imposibilidad de la prestación no le sea imputable, la situación que se ha creado, con la subsiguiente falta de satisfacción del interés del acreedor, se ha debido a un hecho del deudor: que no se hubiera verificado, efectivamente, si hubiese cumplido a tiempo su obligación.

¹ LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Turin, 1950.

² Vid, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán 1975, p. 268.

³ MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, Milán, 1959.

a) Análisis del artículo 1.096.3º del Código civil.

En nuestro Derecho, el efecto más llamativo y discutido derivado de la constitución en mora del deudor es la llamada "*perpetuatio obligationis*", que parece encontrar su fundamento en los artículos 1.096.3º, 1.182 y 1.452 del Código civil. El primero de ellos establece que *"si el obligado (en una obligación de dar) se constituye en mora serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega"*.

BADOSA COLL¹ comenta, acertadamente, que este artículo resuelve el problema de la imputación de los riesgos por la pérdida y deterioro de la cosa, sin que los avatares descritos sean materialmente imputables al deudor. *"La imputación de riesgos en abstracto, significa regular la repercusión subjetiva de tales avatares positivos o negativos en el seno de la relación obligatoria. Lo cual supone, a su vez dos cosas: decidir cuál de las partes, deudor o acreedor, asumirá su consecuencia y establecer cuál es el medio técnico jurídico mediante el cual se "transporta" el riesgo a uno u otro de los sujetos.*

Dado que la regla general en la imputación de riesgos señala al acreedor como "imputado", la imputación al deudor es excepcional. En el Código civil hay cuatro causas que le imputan el riesgo negativo o daño. Dos son legales consistentes en una sanción² al deudor por su comportamiento respecto a la obligación, son las del art. 1.096.3º; y, otras dos son voluntarias: la asunción del riesgo por el deudor (por aplicación analógica del art.1.105) y la "estimación" de la cosa afectada (arts. 482, 1.687.2º, 1.745 C.c. y 174 L.H.).

¹ En su comentario al artículo 1.096 del C.c., en *Comentarios del Código civil, vol.II, del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 24 y ss.*

² No se comparte en este punto la opinión del autor, pues no creo que se trate de una sanción. Es un regla de distribución de riesgos que toma su criterio en la idea de incumplimiento o contravención, pero no la sanciona. Si la prestación es objetivamente susceptible de un cumplimiento posterior, será el obligado quien deba asumir los riesgos de los fortuitos.

El fundamento de la imputación del riesgo por el caso fortuito del art.1096.2º C.c es, a juicio de este autor, la conducta ilícita del deudor. La mora solvendi es el fundamento en virtud del cual se imputa al deudor el riesgo post moram. Es importante señalar el papel puramente cronológico y no causal u ocasional de la mora, tanto porque así resulta del texto legal según el cual la mora es el momento a quo, como por la inaplicabilidad del art. 1.896.2º in fine, en que la situación propter moram da lugar al nacimiento de una obligación de indemnizar y no a una imputación de riesgo¹.

El art. 1096.3º no se ocupa –finaliza el autor– del mecanismo de imputación del riesgo al deudor. Debe aplicarse el mismo que el de imputación del riesgo al acreedor cuando la cosa se pierde. Es decir, el tratamiento jurídico de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Esta repercute sobre el acreedor cuando da lugar a la extinción de la obligación y, en cambio, repercute sobre el deudor cuando su efecto es el contrario de la perpetuatio obligationis. Pues bien, la perpetuatio obligationis es precisamente el instrumento de que se sirve el art. 1.096.3º para imputar el riesgo al deudor. Este instrumento no lo cita el propio artículo, pero sí lo hacen sendas remisiones de otros artículos. La del art. 1.183 que subraya su carácter excepcional ("y sin perjuicio de...") y la del art. 1.452.1º. Ambos artículos coinciden en vincular el art. 1.096 (se sobreentiende que sólo su párrafo tercero) con la imposibilidad de la prestación y su efecto excepcional: la perpetuatio obligationis. Evidentemente, ello sólo es factible si los casos fortuitos a que alude el art. 1.096.3º producen la pérdida total de la cosa y no en caso de deterioro o pérdida parcial. En estos últimos, la solución sigue hallándose en el seno de los arts. 1.182 y ss., concretamente en la aplicación analógica del art.1.185: si la pérdida total de la cosa es suplida por su precio en dinero, la pérdida parcial o deterioro serán complementados por el valor de lo perdido o deteriorado".

¹ Establece este precepto que "(el que acepta un pago de lo indebido de mala fe) además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido con cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogares al que la entregó, hasta que la recobre.No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó". El intentar resolver las dificultades que produce el art. 1.096.3º C.c, ha llevado a algún sector de la doctrina subjetivista a entender aplicable el artículo citado. Sin embargo estos paliativos, como expone DIEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial II, Las relaciones obligatorias, op.cit, p.639*), que recuerdan a la benignidad de la solución postclásica, cuadran mal con la claridad de la letra de la ley y con las consecuencias inevitables de la agravación de la responsabilidad por el hecho mismo de la mora. En el mismo sentido, BALLARIN HERNANDEZ, en su comentario a este artículo, en *Comentarios del Código civil, II, del Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p.1960*.

Para SOTO NIETO el fundamento de esta norma se encuentra, igualmente, en que, a pesar de no serle imputable al obligado el suceso fortuitamente sobrevenido, sí le es imputable el haber dado ocasión a que se produjesen las consecuencias que frustraron la consumación de la obligación, en razón a que el "descuido o morosidad" en la ejecución, dió lugar a que la prestación debida fuera alcanzada por los efectos destructores u obstativos de la fuerza mayor. Con esta regla se sanciona al deudor que retarda el cumplimiento de la obligación, cuando el acreedor estaba dispuesto al recibo de la prestación ofrecida, estableciéndose así una penalidad civil al ilícito retraso que injustificadamente había introducido el obligado.

En mi opinión, no estamos en presencia de un juicio de reprobabilidad del comportamiento de las partes. No hay nexo de causalidad entre el daño producido y el comportamiento del deudor. Ni siquiera, entre el daño y la mora. Es una cuestión de distribución de riesgos. ¿Quién debe soportar el riesgo de los daños fortuitamente producidos en la cosa cuando ésta debía haber sido entregada o cuando aunque no hubiera obligación de entregarla, perece, se deteriora o destruye estando en poder del deudor?. Parece que la solución más lógica, a la par que justa, es que sea el deudor, en cuyo poder se encontraba la cosa, el que deba responder del daño efectivamente causado al acreedor, salvo que pruebe el caso fortuito, lo que equivale a asegurar que conservó y custodió la cosa con la diligencia que le exige la propia obligación que ha asumido. En el caso de que el deudor haya sido puesto en mora o ya hubiese asumido los riesgos (mora automática), en mi opinión, la mora sería el fundamento de tal atribución pero, en ningún caso, como ha entendido parte de la doctrina, la causa de la responsabilidad por el caso fortuito, de tal modo que sería una *condicio sine qua non* de la misma. Estar constituido en mora significa, o más bien ha de significar, única y exclusivamente que el deudor ha asumido o se le han atribuido los riesgos fortuitos y, en consecuencia, si la cosa perece fortuitamente o el servicio deviene imposible, ha de serle imputada tal imposibilidad porque le ha sido atribuida¹. Como ocurre en cualquier suceso fortuito,

¹ No ha de encontrarse dificultad en configurar la constitución en mora como se hace en este estudio, si se acepta sin problemas una asunción convencional o legal de los casos fortuitos (como una cláusula de ampliación de la responsabilidad). Si no existe tal atribución en el momento de la constitución de la relación obligatoria, el ordenamiento establece una regla general para su distribución, diferenciando según se trate de

y se ha visto más arriba, cuando no hay posibilidad de establecer un nexo causal entre la conducta del obligado (conducta en su sentido de prestación) y el daño realmente sufrido, el ordenamiento debe articular algún tipo de mecanismo para atribuir ese riesgo entre las partes contratantes. Si la regla general es la de que el acreedor soporta los riesgos derivados del caso fortuito, se debe limitar esa atribución y establecer excepciones. Esta es una de ellas. Pero para explicar mejor el significado de este artículo y, por ende, hacer una correcta aplicación del mismo no cabe más remedio que conectarlo a los artículos 1.182 y siguientes del código referentes a la pérdida de la cosa debida.

b) Análisis del artículo 1.182 del Código civil español.

Para entender y saber si en nuestro ordenamiento existe la llamada *perpetuatio obligationis* es includible llevar a cabo la exégesis de los artículos 1.182 y siguientes del Código civil. Establece el primer precepto que *"Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora"*¹. En el artículo siguiente

obligaciones a plazo o puras. El criterio es únicamente aplicable a los incumplimientos temporales, puesto que son los únicos susceptibles de un cumplimiento posterior y dónde la atribución de riesgos cobra sentido. Es el obligado quien debe asumir los casos fortuitos y obligado lo es el deudor cuando la otra parte contratante ya ha cumplido lo que le incumbe. De lo contrario, ambos incurrirían en mora, lo que significa que cada uno correría con las consecuencias negativas de sus propios riesgos.

¹ Es precisamente en este artículo donde queda demostrada, que culpa y mora son dos criterios absolutamente diversos. Se responde por culpa, como se responde por mora. Está claro que hay que interpretar el precepto en el sentido de que quedará extinguida la obligación tanto si se pierde por culpa del deudor y no estando éste en mora, como si se extingue sin su culpa pero estándolo. La culpa en el terreno de la mora, y en el del incumplimiento en general sólo aparece en conexión directa con el caso fortuito. Para juzgar si ha habido o no una imposibilidad sobrevenida no imputable, pero en ningún caso, para enjuiciar el tipo de incumplimiento que no tiene por que ser culpable para ser relevante.

Por otro lado, merece la pena transcribir aquí la razonable opinión de FUEYO LANERI (*Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, Santiago de Chile, 1991, p.400*), porque cree que es natural que la ley sancione al deudor moroso, negándole una excusa a su incumplimiento cuando el caso fortuito sobreviene en la situación de mora. *"Es, -dice este autor- una sanción a la mora, que sufre el deudor moroso, y una protección al acreedor que no está en mora de recibir. En otras palabras, es el desaprovechamiento de la oportunidad establecida cuando era posible cumplir. Extraño habría sido que la ley ayudara al deudor que no ha cumplido a tiempo, otorgándole un medio de defensa. En algunos casos hasta podría resultar en situación de privilegio, o de amparo a un eventual dolo."*

se complica todavía más la comprensión de la regla, puesto que dispone que *"siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096"*. El artículo 1.185 dice que *"cuando la cosa de cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, y cualquiera que hubiese sido el motivo de su pérdida, a menos que, ofrecida por él la cosa al que la debía recibir, éste se hubiese, sin razón, negado a aceptarla"*. Y; por último, el 1.184 por su parte, establece que *"también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible"*.

La norma contenida en el artículo 1.183 determina una inversión de la carga de la prueba al establecer presunción de culpa referida únicamente al supuesto de la imposibilidad sobrevenida de la obligación de entregar cosas específicas, cuando tal imposibilidad se produce por la pérdida de la cosa debida y siempre que la cosa estuviera en poder del deudor. La finalidad de este norma es muy concreta: extinguir la obligación y, por tanto, exonerar al deudor del deber de cumplir su prestación. Dice DIEZ-PICAZO¹ que debe observarse, en primer lugar, que el precepto no hace referencia especial al deber del deudor de satisfacer los daños y perjuicios y, por otro lado, que en el Código la presunción no se extiende al supuesto del art. 1.184, que libera al deudor de la obligación de hacer cuando la prestación resulta legal o físicamente imposible. Por otra parte, en la materia concreta de resarcimiento de los daños, el Código ha establecido reglas especiales. Así, en el art.1.563 hace responsable al arrendatario de los deterioros y de la pérdida de la cosa arrendada, a no ser que el

Si la obligación es de entregar una cosa, la ley se pone en el caso de destrucción o menoscabo que hubiese ocurrido de todos modos, aun estando la cosa en manos del acreedor, suponiéndola entregada a éste. En tal caso, opera la regla general de excusa al cumplimiento. De otra manera sería favorecer al acreedor injustamente, asegurándole el valor de la cosa, en el evento de caso fortuito, por el solo hecho de haberse atrasado el deudor. De paso, vale la pena resaltar aquí el afán casuístico del Código". Se comparte la idea de FUEYO de que la constitución en mora es un medio de defensa del derecho de crédito que se le otorga al acreedor insatisfecho para el caso de que los propios contratantes no hayan previsto la distribución de los riesgos contractuales al tiempo de la celebración del contrato.

¹ *vid. Fundamentos, op. cit., p.607.*

propio arrendatario pruebe que se ocasionaron sin culpa suya, y en el art. 1.769 limitadamente para el supuesto en que la cosa depositada se entregue cerrada y sellada, presume la culpa del depositario si hubiesen sido forzados los sellos o las cerraduras. *"Normas todas ellas -afirma el autor- que carecerían por completo de sentido si existiera un presunción general de culpa del deudor incumplidor"*.

Parece claro que el supuesto contemplado en el Código bajo el nombre de *"la pérdida fortuita de la cosa debida"* hace referencia a hipótesis de incumplimientos definitivos causados por una imposibilidad sobrevenida. El deudor moroso ya no podrá cumplir su obligación por devenir esta imposible, ni el acreedor podrá exigirla. Pero es necesario no confundir el problema de la calificación de la situación descrita con el de la responsabilidad del deudor¹. Dicho de otro modo, mientras que la imposibilidad sobrevenida determina objetivamente una situación de incumplimiento definitivo, será necesario después ver si y en qué casos el deudor será responsable de tal incumplimiento, toda vez que la prestación se ha hecho imposible. Es por ello, que, a mi juicio, y como se tratará más adelante, estas reglas no vienen a ser más que una continuación o desarrollo del reparto de riesgos que realiza el legislador en el art.1.096, 1.100 y 1.105 del Código civil. El deudor moroso, el que ha asumido o al que se le han atribuido los riesgos, que se transforma en incumplidor definitivo por la pérdida de la cosa debida, responde objetivamente (como ocurría en Derecho romano) de tal incumplimiento porque así ha sido atribuido. Y el deudor que no es moroso, ya que aún no estaba obligado al cumplimiento, responde de la pérdida de la cosa, porque sobre él pesa una obligación de custodia, de conservación y garantía del cumplimiento. Se presume que el incumplimiento de tales obligaciones son culpables, salvo que destruya tal presunción. La cuestión es averiguar si la prueba que debe aportar para exonerarse de su responsabilidad es exclusivamente el caso fortuito, tal y como se ha configurado en los epígrafes anteriores o permite otro tipo distinto de prueba, entre las cuales se encontraría, la prueba de que la cosa se hubiera perdido igualmente de haber cumplido a tiempo y encontrándose en poder del acreedor.

¹ Vid., GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milán 1974, pág.174.

Como se ha visto en su momento, el art.1.101 del Código civil resuelve el problema del incumplimiento (definitivo, retrasado o defectuoso) al hacer responsable de los daños al deudor siempre que no llegue a demostrar que la imposibilidad sobrevenida que le impidió cumplir se debió a una causa que no le es imputable. Pero esta prueba, como ya se ha visto, no es suficiente para exonerar al deudor de la responsabilidad cuando la imposibilidad se ha verificado durante la mora (art.1.096). En este caso, hay que analizar si es posible, como ocurre con el deudor que no está incurso en mora, que aporte algún tipo de prueba que le exonere de la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida o si es una regla que no admite prueba alguna en contrario. Pero si se acepta, se está admitiendo que la finalidad de la prueba es la determinación de la existencia o inexistencia del daño.

Sin embargo, hay que observar, como lo ha hecho GIORGIANNI¹, que el sistema legislativo parece atribuir relevancia a la causa productora de la imposibilidad sobrevenida no solo en relación a las consecuencias del incumplimiento (resarcimiento del daño del artículo 1.101 en relación al 1.107), sino también en orden a la permanencia del vínculo obligatorio (queda extinguida la obligación cuando ésta se pierde o destruye sin culpa del deudor, o lo que es lo mismo, por una causa no imputable al deudor). Consecuentemente, según esta regla, la obligación no se extingue, aunque la prestación se haya hecho imposible, cuando la imposibilidad deriva de una causa imputable al deudor. Esta consecuencia —continúa el profesor italiano—, a primera vista parece ilógica, dado que sea cual sea la razón por la que la imposibilidad se ha verificado, el deudor no podrá jamás cumplir la obligación. Por tanto, parece absurda la subsistencia del vínculo obligatorio que tiene por objeto una prestación que se ha hecho imposible. Del mismo modo que la imposibilidad originaria de la prestación determina siempre la nulidad del vínculo, ya que uno de los requisitos de la obligación es precisamente la posibilidad de la prestación, la imposibilidad sobrevenida de la prestación debería extinguir en cualquier caso la obligación. En realidad, sin embargo,

¹ *Vid. op.cit.*, p. 175.

en el sistema normativo, la subsistencia del vínculo en la hipótesis en que la prestación ha devenido imposible por una causa imputable al deudor, se justifica por el hecho de que el deudor deviene obligado al resarcimiento del daño. Esta obligación, aun teniendo un contenido diverso al del vínculo originario, se conecta directamente a éste, constituyendo una expresión de la responsabilidad patrimonial del deudor, originada como consecuencia del incumplimiento de la prestación devenida imposible. La obligación se transforma en obligación de indemnizar los daños¹. Esta concepción se inserta de lleno en el sistema de incumplimiento y de responsabilidad, constituyendo, por lo tanto, una de las manifestaciones de este fenómeno.

c) La prueba de que el objeto de la prestación hubiera igualmente perecido en poder del acreedor. ¿Prueba pertinente al daño resarcible?. Contenido de la prueba.

El problema que se plantea con la prueba que se admite en el artículo 1.183 del Código civil es el siguiente. Cuando el precepto presume que si la cosa se ha perdido mientras se encontraba en poder del deudor, se ha perdido por culpa suya y no por caso fortuito, está admitiendo prueba en contrario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096 (el deudor constituido en mora responde de los fortuitos hasta que realice la entrega). Los interrogantes que surgen del análisis de esta norma son esencialmente los siguientes: ¿la prueba en contrario se aplica tanto al supuesto de la culpa del deudor que posee la cosa, como también al deudor constituido en mora, aunque la cosa no se encontrara en su poder o únicamente hace referencia al primer supuesto, puesto que establece una presunción de culpa?. ¿Cuál es el contenido de la prueba que debe aportar el deudor para liberarse de la responsabilidad por la pérdida fortuita de la cosa?, ¿es

¹ El resarcimiento del daño será equivalente al valor de la prestación que se ha tornado imposible. La prueba, que para nosotros debe ser admitida, de que la cosa objeto de la prestación hubiera sido destruida igualmente de haber cumplido el deudor tempestivamente su obligación, no hace referencia más que al daño, como se verá más adelante. El deudor moroso podrá probar que el acreedor no ha sufrido daño alguno por la pérdida fortuita de la cosa, probando que la mora no ha sido determinante en la producción del siniestro, que se hubieraproducido igualmente y, por tanto, siguiendo la teoría de la equivalencia, que el deudor no ha sufrido daño alguno por su causa. Pero este punto, como se ha dicho, se tratará más adelante.

aplicable a los demás tipos de obligaciones, que no sean de dar cosas específicas o ha de predicarse sólo de éstas últimas?. Dado que nuestro ordenamiento civil no recoge expresamente, como lo hacen los de su entorno, la prueba de que la cosa igualmente hubiera perecido de haberse cumplido la obligación tempestivamente y el deudor no hubiere incurrido en mora ¿ha de entenderse esta prueba concreta incluida en la expresión general "*prueba en contrario*" o por el contrario ha sido deliberadamente excluida?, ¿es necesario aplicar analógicamente la norma contenida en el artículo 1.896 del Código civil referente al cobro de lo indebido?.

En mi opinión hay dos interpretaciones posibles de este conjunto de normas. La primera sería la de entender que se lleva a cabo una regulación diferente de los dos supuestos que contemplan la pérdida de la cosa debida. El deudor, aunque no fuera incumplidor, responde de la pérdida de la cosa debida porque se presume que no ha cumplido diligentemente su obligación de custodia y conservación de la prestación. Se trata de una presunción *iuris tantum* que puede destruirse mediante prueba en contrario. El contenido de esta prueba estaría compuesto por cualquiera que aporte la certeza de que se trata efectivamente de un caso fortuito y, en este sentido, no habría problema alguno en admitir que el deudor podrá aportar la referente a que la cosa se hubiera igualmente perdido de haberse encontrado en poder del acreedor, y que, en consecuencia, éste no ha sufrido perjuicio alguno que se deba indemnizar. Sin embargo, al deudor constituido en mora, porque vencido y exigido su crédito, éste no cumplió o lo hizo defectuosamente, se le traspasan todos los riesgos y en consecuencia el caso fortuito le es imputable, como lo puede ser cualquier otro incumplimiento. No se podría exonerar aportando prueba alguna porque, el artículo 1.183 establece claramente "*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096*" y éste establece que responde de los casos fortuitos hasta que realice la entrega, y sería una de las excepciones que el artículo 1.105 del Código establece para la exoneración de la responsabilidad ("*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de lo que así lo declare la obligación, nadie responderá...*"). Esta interpretación gustará a los culpabilistas que entiendan que la constitución en mora es una sanción o una responsabilidad "agravada" y que el instituto de la constitución en mora carecería de validez si se hacen excepciones a la sanción. A

partir de la constitución en mora, que equivale a incumplimiento obligacional, el deudor cargaría con los riesgos de los casos fortuitos o imposibilidades de la prestación, porque le han sido imputados, y no cabe prueba en contrario para exonerarse de tal responsabilidad.

Sin embargo, cabe una segunda interpretación de las reglas dedicadas a la *perpetuatio obligationis*. El deudor de una obligación todavía no vencida o cuando menos no exigida (y en consecuencia, no constituido en mora) responde de la pérdida de la cosa debida si se halla en su poder por la obligación de conservación y garantía que pesa sobre él. A pesar de la presunción *iuris tantum* de culpabilidad, podrá aportar prueba en contrario. Al deudor incumplidor (constituido en mora por su incumplimiento) se le responsabiliza igualmente de los casos fortuitos, sin necesidad alguna de presunción de culpabilidad, puesto que por ello está en mora, pero podrá aportar la misma prueba que el deudor del anterior supuesto, porque en definitiva se trata de una regla de distribución de riesgos y nada más. No se trata de una sanción por el incumplimiento, sino de un reparto de los riesgos o vicisitudes a las que se expone la relación obligatoria. Si el deudor prueba que el evento hubiera tenido la misma incidencia en el patrimonio del acreedor de haber cumplido tempestivamente su obligación, la obligación habrá de entenderse extinguida y, en consecuencia, el deudor liberado de toda responsabilidad. Cuando el artículo 1.183 hace alusión a "y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096" precisamente está incluyendo este supuesto en su regulación, es decir, vendría a desarrollarlo (el deudor constituido en mora responde de los fortuitos hasta que realice la entrega del 1.096, pero podrá aportar alguna prueba para exonerarse de tal responsabilidad, del art.1.183). Lo único que sucede es que al igual que el deudor, cuya obligación aun no habiendo vencido o no habiendo sido exigida, ha devenido imposible estando en su poder, puede probar que se debió a un caso fortuito, el deudor en mora no puede ofrecer esta prueba porque le han sido atribuidos o imputados. La prueba, si se admite que es posible, deberá consistir en otra cosa. Y es en este punto en el que se debe examinar, si es posible acoger el sistema de prueba adoptado por los ordenamientos de nuestro entorno de que la cosa hubiera perecido igualmente de haberse cumplido a tiempo la prestación, y de haberse

encontrado ésta en poder del acreedor. Sin embargo, esta interpretación gustará mucho más a aquellos que opinen que se trata de una norma que establece objetivamente los criterios de reparto de riesgos y que el legislador no sanciona las conductas, sino que compensa los efectos de las mismas y que no puede enriquecerse injustamente ninguna de las partes de una relación obligatoria.

Para tratar de resolver la cuestión del contenido de la prueba cuando ha habido ya un reparto de riesgos, es inevitable remitirse al prof. PANTALEON PRIETO, ya que ha tratado este tema desde el punto de vista del daño resarcible. Introduce el problema con el siguiente interrogante, que ya deja vislumbrar el problema al que nos enfrentamos:

¿Hay o no y, en qué medida, responsabilidad por daños en aquellos casos en que de no haberse producido el concreto evento dañoso, imputable al demandado, el daño que tal evento ha supuesto, se habría producido igualmente, en todo o en parte, por efecto de un proceso causal distinto al que la serie causal efectiva ha impedido desenvolver su eficacia lesiva, bien por haber destruído ya, total o parcialmente, el objeto o bien afectado, bien por haberlo extraído, antes de su destrucción posterior, de la esfera de actuación del proceso causal hipotéticamente dañoso (el evento hipotéticamente dañoso ha acaecido antes que el realmente productor del daño). E introduce el siguiente ejemplo: "A" se retrasa culpablemente en la entrega de unos valiosos sellos que debería haber entregado a "B" el día 1 de agosto. El día 4 del mismo mes un incendio fortuito destruye los sellos en poder de "A". El día 2, sin embargo, una inundación en el gabinete de "B" ha destruído por completo los clasificadores filatélicos de "B", en los que, con toda seguridad, se habrían encontrado los sellos en cuestión de haberlos "A" entregado a tiempo.

No cabe duda, que el análisis de esta regla necesita encuadrarse, antes de hacer ninguna otra valoración, en el ámbito de la disciplina de la responsabilidad contractual por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones. Según los principios generales que hasta aquí se han venido defendiendo, cuando la

imposibilidad de la prestación depende de un impedimento no imputable al deudor, éste se ve liberado de su obligación (art.1.105). Sin embargo, el deudor moroso no sólo no se libera de su obligación, sino que se le atribuye el riesgo derivado de causas que no le son imputables. Así sucede, como se ha visto, en los artículos 1.096, 1.452 y 1.182. Este es un riesgo que no se le atribuiría si hubiera cumplido a su debido tiempo (ya que entre otras cosas, considerado cronológicamente, no hubiera tenido lugar, y si hubiera ocurrido antes del momento de cumplimiento ya se ha explicado que funcionaría la presunción *iuris tantum* de culpabilidad), puesto que la regla general es la de la inimputabilidad de los riesgos por caso fortuito (fortuito en sentido estricto, por la presunción de culpa del art.1.183 C.c.). Pero el hecho de que el deudor sea moroso significa que es deudor de una obligación de cumplimiento tardío, porque el propio acreedor la pretende con la exigencia de la misma y que, en consecuencia, se han redistribuido los riesgos del contrato. No se puede interpretar esta situación jurídica desde una visión culpabilista o sancionatoria, sino simplemente, objetiva. Los fortuitos le serán imputables, pero ¿en todo caso?, ¿y si no ha generado objetivamente perjuicios al acreedor?, ¿no sería enriquecerle por una situación que igualmente hubiera sucedido de no haber optado por el cumplimiento tardío de la obligación¹?, ¿no le resta al acreedor siempre la resolución del contrato por imposibilidad, de conformidad con el último párrafo del artículo 1.124, independientemente de los daños que le haya irrogado el retraso?.

La expresión "*perpetuatio obligationis*" es sin duda desafortunada e incorrecta, como ya se he puesto en varias ocasiones de manifiesto, pues hace pensar en la perpetuación o continuación de un vínculo que, por efecto de la mora, es insensible a cualquier evento que de otra manera provocaría su extinción. Por ello, la doctrina subjetivista a querido ver en este efecto una solución a sus problemas interpretativos. Se trata de una sanción -dicen- al deudor moroso por su comportamiento reprochable

¹ Podría considerarse que se trata de lo que DIEZ-PICAZO ha denominado "*enriquecimiento injusto negativo*", *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.I: *Introducción. Teoría del contrato*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág.101, que es aquel que existe en todos aquellos casos en que se evita en todo o en parte una disminución del patrimonio, que de otro modo tendría que haber sido producida necesariamente. O, más concretamente, de la *condictio indebiti* cuando se trata de la restitución de lo dado tras la resolución del contrato.

o lo que es lo mismo, culpable. Sin embargo, ha sido la doctrina objetivista la que, a mi juicio, ha explicado la *ratio* de esta regla en el hecho de que ha sido el deudor, teniendo el objeto en su poder o esfera de control quien lo ha expuesto a un riesgo al que no hubiera estado expuesto si hubiera entregado la cosa a tiempo. Por ello, y como sucede en todas los demás repartos de riesgos realizados por el legislador, se le concede la posibilidad de probar que el objeto de la prestación se hubiera perdido del mismo modo de haber estado en poder del acreedor y no haber tenido la obligación de custodia y conservación del mismo. La regla de la pérdida de la cosa estando en poder del deudor, también se explica en el marco de una adecuada y, por otro lado, lógica, necesidad de distribuir los riesgos contractuales en función de la incidencia de la causa de la imposibilidad en la esfera de control del deudor o del acreedor¹. En este sentido, el

¹ Necesidad, por lo demás absolutamente justificada desde el punto de vista económico. No puedo por más que volver a citar las conclusiones extraídas por TRIMARCHI, después de su extensa investigación sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad contractual. Se pueden sintetizar en las siguientes (vid. también, entre otros, FRANZONI, *op.cit.*, pág.375 y ss; SANTORO, *op.cit.*, pág.30; VISINTINI, *op.cit.*, pág.130; JORDANO FRAGA, *op.cit.*, pág.60):

Punto de partida: ¿Cuáles son los fines económicos que pueden perseguirse mediante el instrumento de la responsabilidad contractual?

En primer lugar, realizar una mejor distribución de los medios de producción. En todas aquellas hipótesis, que son la mayor parte de los casos, en las que el esfuerzo necesario para cumplir (medidas de diligencia que pueden ser de lo más variado: asunción de más personal, adquisición de tecnología y maquinaria avanzada, etc...) y el riesgo del daño por incumplimiento pueden ser traducidas en dinero, la amenaza de la responsabilidad contractual puede inducir al deudor a adoptar nuevas medidas de diligencia siempre que su coste sea inferior a la consecuente reducción del daño del cual debe responder. Lo mismo ocurriría con el acreedor cuando el ordenamiento le atribuya parte del riesgo de la falta de cumplimiento del deudor. No se le puede exigir al deudor la ejecución de una prestación, si ésta presenta unos costes superiores de los que son previsibles en una organización empresarial normal, pero si son menores, podrá serle exigida.

En segundo lugar, el límite de la responsabilidad se debe encontrar en el caso fortuito, entendido como un evento que sale fuera de los riesgos previsibles y asegurables del deudor. Adoptándose el sistema de responsabilidad objetiva, cuando la prestación sea una prestación de empresa (por ejemplo, proveedoras, constructoras, transporte), el mecanismo de mercado hace gravar sobre la empresa que ha funcionado mal todo el daño que se ha irrogado en el sistema económico.

El sistema de responsabilidad objetiva opera también para incitar el progreso técnico, ya que se aplica incluso en casos en los que el daño no se ha podido evitar con las previsiones de la técnica actual, corrigiendo, además su posible rigurosidad mediante la limitación del *quantum* indemnizatorio a aquellos daños previsibles en el momento de la celebración del contrato y mediante la limitación que supone el concurso de culpa del perjudicado.

Por último, la noción objetiva de la responsabilidad contractual es preferible a aquella fundada en la culpa, en lo que a los costes de su funcionamiento se refiere, ya que crea menos litigiosidad (puesto que solamente se debe juzgar si el incumplimiento ha sido debido a una causa catastrófica (*sic*) externa a la empresa) y, por tanto, rebaja los costes de la justicia, a la vez que presiona eficazmente al deudor para que predisponga las medidas idóneas para evitar el daño derivado de su incumplimiento.

principio mal llamado de la *perpetuatio obligationis* no sería nada más que una continuación de la distribución o imputación de riesgos que debe hacer nuestro ordenamiento cuando se trata de causas ignotas o no imputables subjetiva o directamente a ninguno de los contratantes ¹. Esta explicación sirve, sin duda alguna, para los riesgos de la cosa cuando se halla en poder del deudor que todavía no ha incumplido. ¿Pero qué ocurre con el deudor moroso?. A mi juicio, los riesgos ya han sido imputados, porque si no fueron asumidos con la constitución de la obligación (mora automática), han sido trasladados con la exigencia del cumplimiento, que es lo que ha provocado y determinado jurídicamente el incumplimiento del deudor. La constitución en mora es, en este sentido, el criterio de imputación del caso fortuito.

En los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, esta cuestión está específicamente regulada y por consiguiente no acarrea muchos problemas de interpretación. Así el Código civil italiano de 1942 establece en su art. 1.221 que el deudor que se encuentra constituido en mora no se libera de su obligación por la sobrevenida imposibilidad de la prestación derivada de una causa a él no imputable, si no prueba que el objeto de la prestación se hubiera perdido igualmente estando en poder del acreedor. El B.G.B. dispone en su parágrafo 287.2ª que el deudor es también responsable de la imposibilidad de la prestación ocasionada por caso fortuito durante la mora, a no ser que el daño se hubiera producido también en caso de haber cumplido la prestación a tiempo. Del mismo modo, el art.1.302 del Código civil francés establece que aunque el deudor esté en mora, si no se ha hecho cargo de los casos fortuitos, la obligación quedará extinguida en aquellos casos en que la cosa se hubiera igualmente destruido en poder del acreedor si aquél se la hubiera entregado. El art. 103.2ª del Código civil suizo dispone que el deudor en mora se puede sustraer a su responsabilidad probando que el caso fortuito habría afectado a la cosa debida, en perjuicio del acreedor,

¹ F. PANTALEON PRIETO, *op.cit.*, pág.174, nota 22, se muestra contrario a calificar el problema como un problema de "imputación del daño". Argumenta que esta calificación se debe al intento de tratar unitariamente los problemas de causas hipotéticas de daño con los propios de los casos de "conducta alternativa conforme a Derecho" (*"Rechmässiges alternativverhalten"*) que son los verdaderos problemas de imputación. Para este autor, la prueba del deudor de que la cosa se hubiera perdido igualmente estando en poder del acreedor si éste hubiera cumplido a tiempo, debe hacer referencia siempre a una causa hipotética anterior a la efectivamente lesiva, porque si no, no se aplicaría correctamente la fórmula de la "*condicio sine qua non*".

igualmente si la ejecución hubiera tenido lugar a tiempo. El art. 807.2º del Código civil portugués dice que "queda, salva la posibilidad del deudor de probar que el acreedor habría sufrido igualmente los daños si la obligación hubiese sido cumplida a tiempo.

En nuestro Código civil una norma similar a éstas sólo se encuentra en el artículo 1.896.2º, precepto que para ser aplicado analógicamente a los casos de pérdida de la cosa debida de los artículos 1.182 se encuentra localizado distante de la materia que aquí se estudia. Pero no es su ubicación en el ordenamiento lo que preocupa, sino la materia que regula. Se trata del cobro de lo indebido y de la obligación que nace de restituir lo indebidamente recibido. El supuesto que se contempla es el de aquella persona que de mala fe acepta un pago indebido. ¿Es susceptible el supuesto de identificarse con un deudor moroso?, ¿deudor de mala fe y deudor constituido en mora deben tener el mismo tratamiento jurídico?. Al deudor de mala fe se le hace responder de los menoscabos y deterioros que por cualquier causa haya sufrido la cosa y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó hasta que la recobre. Es cierto que al deudor constituido en mora se le hace responder de los casos fortuitos que afecten a la prestación hasta que cumpla (art.1.096 y 1.182) y de los perjuicios que su retraso causen al acreedor hasta que cumpla exactamente su obligación. Pero el deudor moroso no es un deudor de mala fe, sino un deudor incumplidor. Es un deudor que no se ha visto exonerado por caso fortuito, porque no ha aportado la prueba para ello. El que acepta un pago indebido de mala fe es aquel que conoce que no debía recibirlo y conscientemente no restituye lo cobrado. El artículo 1.896.2º *in fine* sin embargo exonera al que de mala fe ha aceptado un cobro indebido *cuando (los menoscabos que la cosa ha sufrido por cualquier causa y los perjuicios que se irrogasen al que la entregó) hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó*".

Ha sido precisamente por el hecho de admitirle al deudor de mala fe esta prueba por lo que parte de la doctrina subjetivista de nuestro país entiende aplicable este precepto a la responsabilidad por la pérdida fortuita de la cosa debida del deudor constituido en mora. Si se acoge para el supuesto de un deudor de mala fe, ¿cómo no para el deudor moroso?

Desde hace tiempo se viene debatiendo en el seno de nuestra doctrina si la regla es susceptible de aplicarse a los supuestos de incumplimientos temporales, como uno de los casos de exoneración de la responsabilidad por caso fortuito previstos expresamente por la ley y contemplado en la regla general del art. 1.105 *"Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así declare la obligación, nadie responderá de aquellos supuestos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables"*. Interpretado a contrario se puede afirmar que si se responderá del caso fortuito cuando expresamente lo declare la ley o la obligación. Uno de esos casos es estando constituido en mora el deudor, porque así expresamente lo establece el artículo 1.182 y 1.096.3º del Código. Ahora bien, el artículo 1.896.2º del Código exonera de tal responsabilidad al deudor de mala fe que recibe un pago indebido si prueba que la cosa hubiera afectado del mismo modo a la cosa objeto de la prestación de haber estado en poder del acreedor. Este precepto y he ahí el mayor inconveniente se refiere al cobro de lo indebido por un deudor de mala fe. ¿Es susceptible este precepto de aplicación analógica al supuesto de la *mora debendi*? ¿Se puede apoyar en él la existencia de la *perpetuatio obligationis* y de una causa de exoneración o cese de la misma?

Para resolver este problema no cabe más solución, una vez más, que la de acudir a las fuentes del derecho español. GARCIA GOYENA al comentar este artículo¹ dice que la introducción de la prueba de que la cosa se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor es una excepción que, aunque admitida en el párrafo último del artículo 1.160 para el caso de la simple mora, *"sería un escándalo aplicado al caso presente de insigne y flagrante mala fé, que raya casi en hurto, y merece la calificación de estafa"*. La posibilidad del deudor moroso de probar que la pérdida hubiese sucedido igualmente habiendo entregado a tiempo la cosa objeto de la prestación estaba contemplada en el

¹ El art.1.897 del proyecto de 1851 disponía que *"El que de mala fé recibe una cantidad indebida, está obligado á restituirla con los intereses desde el día en que la recibió"*.

Consistiendo lo recibido en una cosa cierta y determinada, la restituirá con los frutos percibidos ó debidos percibir, mientras poseyó la cosa; y además responde de los daños y perjuicios, y de la pérdida ó desmejoras de la misma, aunque hayan ocurrido por caso fortuito". En *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974.

Proyecto de 1851¹ y, sin embargo, no se introdujo en el cobro de lo indebido por tratarse de un deudor de mala fe que como tal no es merecedor de exoneración alguna. El deudor moroso, por lo tanto, no estaba incluido dentro del tipo "*deudor de mala fe*", y podía exonerarse de la responsabilidad por caso fortuito mediante ésta prueba expresamente prevista en el art. 1.160 del Proyecto. Esta regla se funda, explica GARCIA GOYENA, en que por la mora del deudor su obligación primitiva se convierte en la de resarcir los daños y perjuicios, y no los sufre el acreedor cuando la cosa habría perecido igualmente en su poder, si le hubiera sido entregada a tiempo². Sin embargo, y a pesar de que aparece contemplada esta posibilidad en todos los ordenamientos de nuestro entorno y aparecía en el Proyecto del 51, la regla no se introdujo en la regulación de la pérdida de la cosa debida del Código civil y solamente se hace mención a ella, como se ha visto, en el cobro de lo indebido por persona de mala fe, supuesto rechazado con dureza por el comentarista. Los motivos que llevaron al legislador de 1889 a regular esta materia de forma radicalmente contraria a lo proyectado por GARCIA GOYENA deberán quedar sin explicación. No se entiende cómo el Proyecto acogía sin limitaciones, la regulación de la *perpetuatio obligationis* francesa y su excepción en la prueba por parte del deudor de que el perecimiento hubiera acaecido de la misma manera habiendo cumplido tempestivamente su obligación de entrega, como en todos los demás Códigos y, sin embargo, en el Derecho codificado se vuelve la espalda a todos los precedentes y se regula de forma un tanto original esta cuestión.

¹ Artículo 1.160.4º: "*Aun cuando el deudor se haya constituido en mora, si no se ha obligado á responder de los casos fortuitos, la obligación se extingue siempre que se pruebe que la cosa se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiere hecho su entrega; pero esta escepcion no aprovechará al deudor que se halle en el segundo caso previsto en el párrafo 2 del artículo 1.006 (es decir, "cuando el obligado se haya comprometido sucesivamente á entregar una misma cosa á dos ó más personas diversas")*". En esta norma parece que estar constituido en mora es sinónimo de haberse retrasado en el cumplimiento, ya que cabe la posibilidad de que el acreedor corra con los riesgos de los casos fortuitos.

² A continuación ejemplifica su razonamiento con el siguiente supuesto: "*Debía entregaros una casa, y estoy en mora: la casa es abrasada por un rayo; quedo libre de la obligación, porque habría sido igualmente abrasada, si os la hubiera entregado. POTHIER, número 58, capítulo 1, parte 2, de la venta, decide lo mismo cuando, estando yo en mora de entregaros un caballo, muere este de un torozon ú otra enfermedad, que habría contraído igualmente hallándose en vuestro poder: Yo no veo -replica GARCIA GOYENA- tan claro este caso. ¿Cómo podrá probar el deudor que el caballo habría padecido y muerto del torozon, estando en mi poder?. Pero este y todos los casos son simples cuestiones de hecho.*". Vid., GARCIA GOYENA, *op. cit.* pág. 616.

Ante la imposibilidad de encontrar un apoyo decisivo en nuestro Derecho positivo, quizá lo más conveniente sea analizar, desde un punto de vista práctico, la posibilidad, no de una aplicación analógica de la regla contenida en el art.1.896, porque se refiere únicamente al deudor-cobrador de mala fe y no parece que haya una identidad de razón entre el supuesto contemplado en esta norma y el que nos ocupa, sino de admitir, para los supuestos de *perpetuatio obligationis* derivada de la mora del deudor, una prueba de las características de la prevista en el Proyecto de GARCIA GOYENA y de los Códigos afines al nuestro, en virtud de la expresión "*salvo prueba en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096*" contenida en el artículo 1.182 del Código civil. Pero antes de nada hay que rechazar ya desde ahora y sobre todo, aquellas opiniones doctrinales que conectan la falta de liberación del deudor a una especial y ulterior sanción a la mora como particular punición consiguiente a la mora como particular situación de retraso formalmente cualificado¹. La mora no es otra cosa más que la situación en la que se encuentra un deudor que ha incumplido temporalmente y, por tanto, las consecuencias de la mora son las consecuencias del incumplimiento temporal. Los elementos que conformarían el supuesto de hecho para que se dé esta situación de analogía son:

1º) Existencia de una situación jurídica de mora en el deudor. La mora origina, como se ha visto, la traslación de los riesgos al deudor. Por consiguiente, es presupuesto indispensable que el deudor sea moroso, ya que si no es así, la destrucción de la cosa antes de encontrarse el deudor en esta situación, le exoneraría de toda responsabilidad (si destruye la presunción de culpabilidad que juega en su contra, según lo dispuesto en el art.1.183 C.c.). Se puede afirmar, desde este momento, que es la situación de mora o de incumplimiento temporal el fundamento primero y último de esta responsabilidad. Responsabilidad, que una vez acaecida la imposibilidad sobrevenida fortuita, consistirá en la obligación de indemnizar los daños que ésta haya causado. El deudor responde de la pérdida de la cosa debida no porque haya ocurrido después de la mora, sino porque

¹ Vid., en este sentido BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, op.cit., pág.233.

con la mora asume su imputabilidad¹. El evento impeditivo de la prestación sobrevenido en la fase de incumplimiento temporal determina una imposibilidad que ya es imputable al deudor.

2º) Pérdida, posterior a la mora, por caso fortuito de la cosa cierta y determinada que debía entregar el deudor moroso (o anterior a ella, si se hallaba en su poder). Se habla de caso fortuito en su estricta acepción. Es decir, sin ningún elemento subjetivo y por tanto, sin nexo de causalidad entre el deudor y la consecuencia efectivamente producida.

3º) Acaecimiento de un caso fortuito, independientemente, en principio, de que sea anterior, coetáneo o posterior al caso que efectivamente destruyó la cosa estando en manos del deudor².

Si estos son los presupuestos para hablar de exoneración del deudor de la *perpetuatio* (como asunción de los riesgos por el deudor), las combinaciones y posibilidades que pueden jugar son múltiples y precisamente por esta gran variedad de supuestos es por la que la doctrina sigue discutiendo aún hoy desde el fundamento teórico de esta regla, hasta su aplicación práctica.

¹ COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, pág.381.opina que el deudor responde porque ha sido la situación de mora la que ha originado la destrucción o pérdida de la cosa debida.

² Decimos que es indiferente el momento en que se produjo el suceso fortuito en el ámbito de actuación o esfera de control del acreedor puesto que el momento relevante es el momento en el que al deudor se le considera incurso en mora.

La ley es clara en este punto. El art. 1096 dice "si el obligado se constituye en mora", el 1.182 a contrario exige que tenga lugar después de haber constituido en mora al deudor, el 1.452 también requiere para la imputación de los riesgos al comprador que esté constituido en mora, y el 1.896 habla de si la cosa se hubiera hallado en poder del que las entregó, lo que sólo puede tener lugar mediante la entrega o cumplimiento de la obligación. Por lo tanto, que acaezca el evento hipotético que del mismo modo hubiera afectado a la cosa objeto de la prestación antes, coetánea o posteriormente al suceso efectivamente lesivo es indiferente a la hora de enjuiciar la responsabilidad del deudor, puesto que el juicio de valor debe mirar al suceso en sí mismo considerado y no al momento de su producción. Da igual que, en el ejemplo de PANTALEON, la inundación de los archivos del acreedor haya tenido lugar antes del incendio de los sellos en casa del deudor, que después.

En primer lugar, se discute si el evento hipotético, sucedido en la esfera de control del acreedor, ha de haber ocurrido antes del efectivamente lesivo del bien objeto de la prestación o si por el contrario también pueden tener relevancia para la posible exoneración los ocurridos coetánea o posteriormente al realmente efectivo. En segundo lugar, continúa siendo objeto de debate entre los estudiosos de este tema, si el evento hipotéticamente exonerador debe ser exactamente el mismo al efectivamente acaecido, o basta que el mismo e idéntico resultado lesivo para la exoneración del deudor. En tercer lugar, y aunque parezca extraño, se discute sobre el *quantum* de la indemnización y sobre el momento temporal al que debe hacer referencia. Por último, y sin afán de precisión, se discute sobre el fundamento de esta regla y la manera correcta de aplicarla.

Quizá el mejor modo de poner un poco de luz sobre todos estos problemas a que da lugar el tema debatido sea poner algunos ejemplos:

1ª) El deudor debía entregarme unas injertos de plantas a partir del día 1 de enero. El día 2 de enero, ante su falta de cumplimiento le intimo por vía extrajudicial al cumplimiento de su obligación y por lo tanto le constituyo en mora (en consecuencia, los perjuicios que a partir de su incumplimiento sufra por su retraso, de conformidad con el art. 1.100 C.c., deberán serme indemnizados). El día 7 de ese mismo mes, yo sufro en mi vivero una plaga de pulgón que produce la pérdida de todas mis plantas, el día 9 de enero, el vivero de mi deudor sufre un incendio que origina la destrucción de los injertos que debía entregarme. En este supuesto, el caso fortuito que asola a mi deudor tiene lugar después del que arruina mi vivero, y además son sucesos fortuitos absolutamente distintos.

2ª) Mi deudor, moroso desde el día 1 de enero, sufre el día 7 de enero un incendio en su vivero que destruye los injertos que debía entregarme. El día 9 de ese mismo mes, como consecuencia de una plaga de pulgón, todas las plantas del mío se pierden. En este otro caso, el evento efectivamente lesivo del bien debido tiene lugar con anterioridad al hipotético, y también se trata de sucesos fortuitos de naturaleza diferente.

3º) Como consecuencia de una tremenda inundación, se destruyen al mismo tiempo, tanto el vivero de mi deudor moroso, como el mío. En esta otra hipótesis, hay una identidad completa entre el suceso efectivamente lesivo y el hipotéticamente lesivo que además ocurre al mismo tiempo.

4º) El día 7 de enero mi deudor moroso sufre una plaga de pulgón que arruina los injertos que debía entregarme. El día 9 de ese mismo mes, la plaga se extiende inevitablemente a mi vivero y al de mis convecinos y nos destruye todas las plantas. En este caso, el evento lesivo tiene lugar antes que el hipotético, pero será el mismo suceso el que tenga lugar posteriormente en el ámbito de actuación del acreedor.

5º) El día 7 de enero, mi vivero sufre una plaga de pulgón que arruina todas mis plantas. El día 9 de ese mismo mes la plaga se extiende inevitablemente al vivero de mi deudor moroso y destruye los injertos que debía entregarme.

6º) El día 1 de enero mi deudor que aun no tiene la obligación de entregarme mis plantas, porque hemos convenido que sea el día 5 de enero, sufre una plaga de pulgón que las destruye. La plaga se extiende a mi vivero y el día 6 perecen todos mis injertos. En esta hipótesis mi deudor todavía no ha incumplido y la cosa debida que se hallaba en su poder ha quedado sobrevenidamente destruída. Ese mismo evento acaece posteriormente en el ámbito de control del acreedor.

7º) Mi deudor que todavía no está obligado a la entrega sufre la destrucción sobrevenida de la cosa debida con posterioridad a que el mismo evento que la ha causado afecte al círculo de actividad del deudor.

8º) Mi deudor que no está obligado todavía a la entrega de la cosa debida y yo sufrimos coétaneamente un mismo suceso sobrevenidos que asola nuestros lugares de trabajo.

9º) Ambos sufrimos distintos eventos que nos destruyen las cosas que teníamos en nuestro poder.

En opinión de PANTALEON PRIETO, la moderna doctrina¹ en estos casos, está unánimemente de acuerdo en que no nos encontramos ante un problema de existencia o no de nexo de causalidad, sino de existencia o no de daño o más concretamente, ante un problema de determinación del *quantum* del daño a resarcir. *"La cuestión que ahora nos ocupa —explica este autor— sólo se plantea, por hipótesis, cuando se ha producido un evento dañoso y dicho evento ha sido efectivamente causado por una actividad o situación de la que el demandado deba responder. Es cierto, que si aquel evento, en su singularidad concreta no se hubiera producido, el daño se habría realizado igualmente por efecto de la causa de reserva². Pero, es igualmente claro que, dado que la causa hipotética no llegó, en ningún momento, a incidir sobre el bien lesionado, su existencia no elimina, ni el evento dañoso, tal y como efectivamente se ha verificado, ni el proceso causal que efectivamente lo ha determinado"*.

A mi juicio, y aunque creo que el problema no se debe centrar precisamente en la terminología, estamos tanto ante un problema de causalidad hipotética, como sostenía LARENZ, como de causas hipotéticas de daño o de inexistencia de nexo causal como gusta llamar a PANTALEON PRIETO. Me explico:

Para LARENZ³ el significado de esta regla debe encontrarse en la presunción de un nexo causal entre el incumplimiento temporal imputable de la prestación y la imposibilidad sobrevenida posteriormente. El deudor debe probar que el daño causado por la imposibilidad también se habría producido con una prestación tempestiva. De tal afirmación no se puede sacar la conclusión sin más de que es un problema de relación

¹ Cita, entre otros, a autores como LANGE, KAHRS, WERNER, LARENZ, SCHMIDT, GRUNSKY, TRIMARCHI y SANTOS BRIZ, *op.cit.* pág. 24 y 174, nota 21.

² "Causa de reserva" en la terminología utilizada por este autor hace referencia al evento hipotéticamente acaecido en el ámbito de actuación o en la esfera de control del acreedor.

³ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts A.T.*, 11 ed., Munich, 1976. Citado y traducido por PANTALEON, en su *Del concepto de daño*, *op.cit.*, pág. 176, nota 27.

de causalidad, como critica PANTALEON, sino que simplemente al deudor moroso se le atribuye un riesgo del que podrá desprenderse probando un determinado hecho¹. Esta idea la indica LARENZ cuando dice que "no se trata, en realidad, de un problema de nexo de causalidad, sino de cálculo del daño. Con otras palabras: no se trata, ciertamente, de la relación entre el hecho generador de responsabilidad y el resultado, sino de si ese resultado ahora, tras la entrada de la causa hipotética de daño, puede, en definitiva, seguir siendo considerado como "daño".

No logro alcanzar a ver qué distinción se debe hacer entre causalidad hipotética o presunción *iuris tantum* de causalidad (que llama LARENZ) y relevancia de las causas hipotéticas del daño (que llama PANTALEON). Es cierto, como se verá más adelante, que la causa hipotética del daño (causa de reserva) debe tener una determinada configuración para que sea susceptible de exonerar al deudor moroso de su responsabilidad por el caso fortuito y por lo tanto para destruir la presunción de responsabilidad (más que de causalidad) que pesa sobre él. Pero este juicio de idoneidad de la causa hipotética, temporalmente, es posterior al de responsabilidad objetiva del deudor moroso por la pérdida fortuita de la cosa². No existe, en ningún caso, nexo causal alguno entre la conducta del deudor moroso (porque si no estaríamos ante el

¹ De conformidad con esta idea TRIMARCHI, "Rivista di Diritto e Procedura civile", 1964, pág. 1457, dice que esta regla atiene exclusivamente a un problema de determinar quién debe soportar el riesgo por la imposibilidad sobrevenida no culpable, es decir, de soportar aquel riesgo general al que el deudor expone la cosa por el hecho de tenerla en su poder.

² En este punto, a mi juicio, ocurre lo mismo que en el juicio de responsabilidad del deudor por incumplimiento previsto en el artículo 1.101 del Código civil. El deudor que no cumple exactamente su prestación es responsable de los daños y perjuicios causados y, sólo se exonerará de tal responsabilidad, como regla general, si prueba que el incumplimiento estuvo provocado por un caso fortuito (en su concepto estricto).

En lo que a la pérdida de la cosa debida se refiere, el Código sigue la misma regla de imputación objetiva de la responsabilidad, teniendo siempre presente que la sanción consiste en la indemnización de los daños y perjuicios causados y en nada más. La regla sería más o menos formulada del siguiente modo. El deudor moroso está sujeto a la indemnización de los daños y perjuicios causados por la pérdida fortuita de la cosa debida, salvo que pruebe que ésta se hubiera igualmente perdido si hubiera cumplido tempestivamente su obligación de entrega.

De igual manera que en el juicio de la responsabilidad contractual del 1.101 se le impone al deudor la carga de probar el fortuito y que no le es imputable su acaecimiento, en la responsabilidad agravada del 1.182 se le impone la carga de probar su posible destrucción en manos del acreedor. Son por ello, a mi juicio, más reglas de imputación objetiva de responsabilidad con exoneración mediante pruebas en contrario específicamente previstas.

supuesto de culpa previsto en el 1.182 y 1.096.3º C.c) y el daño producido por el fortuito (al que en caso de existencia de nexo de causalidad rigurosamente tampoco se le podría denominar caso fortuito porque por definición no le debe ser imputable al deudor). Sin embargo, el legislador opta por cargar objetivamente al deudor con ese riesgo, como lo hace, y lo hemos comprobado, en tantísimas otras hipótesis de responsabilidad objetiva. A continuación, le da al deudor la posibilidad de exonerarse de esta responsabilidad probando que la causa que ha producido la imposibilidad de la prestación habría también afectado al objeto de la prestación en poder del acreedor y que en consecuencia, no ha sufrido daño alguno.

En opinión de WINDSCHEID, "la cuestión de qué sucede con la responsabilidad del deudor, si con posterioridad a la mora, la prestación deviene imposible sin culpa suya y el objeto se habría perdido igualmente para el acreedor (por el mismo u otro hecho) aun en el caso de prestación tempestiva, era ya controvertida entre los glosadores, y las fuentes no brindan en esta cuestión un resultado nítido. si se intenta, en primera línea, obtener una solución a partir de los principios generales, se nos ofrece un doble planteamiento. Depende de en qué momento quiera aceptarse que, a causa de la mora se ha privado el acreedor del objeto de la prestación. Los hechos que han sucedido con posterioridad a ese momento son indiferentes para la pretensión resarcitoria del acreedor, aunque hubieran producido igualmente la pérdida del objeto de la prestación. Dado que es posible, ahora, considerar ese momento como el momento en que se habría debido prestar, pero no se prestó, no puede, en ese caso, el deudor alegar que el acreedor también habría perdido el objeto de la prestación siendo ésta tempestiva. Sin embargo, puede también decirse: por la no-prestación en aquel momento no se ha privado al acreedor del objeto de la prestación, sino sólo de la utilidad temporal relativa a éste. Sólomente se priva al acreedor del objeto de la prestación cuando, de forma definitiva, por tanto tampoco ahora, no se le presta a aquél. Según este planteamiento, el deudor puede hacer valer todos los hechos que, hasta el momento actual, habrían producido también la pérdida del objeto de la prestación. no puede dudarse que este último planteamiento sea correcto".

VON THUR, llega a las mismas conclusiones que WINDSCHEID mediante un planteamiento diferente. Para este tratadista hay que diferenciar los casos en que el evento hipotéticamente lesivo precede al efectivamente acaecido, de los que es posterior. En el primer grupo de supuestos, "hay que distinguir aquellos casos en que el daño surge realmente por efecto del acto ilícito, pero de tal modo, que aun sin este acto se hubiera producido a consecuencia de otros hechos. Así, por ejemplo, el deudor obligado a suministrar la mercancía el día 1 de marzo incurre en mora. Se descuida en la conservación del objeto, y éste perece el día 6 de marzo, pero con fecha 3 del mismo mes, la casa en que vive el acreedor resulta destruída por un incendio, habiendo razones para entender que si la mercancía se le hubiese entregado en la fecha convenida habría corrido la misma suerte. En tales casos, parece que la responsabilidad del deudor no es clara, ya que a primera vista, falta el requisito del nexo causal. Sin embargo, esta argumentación incurre en una confusión inadmisible de hechos y de hipótesis. Hay un hecho, y es que el daño se produjo por descuido del deudor. Este hecho no puede borrarse de la realidad a base de hipótesis acerca de lo que hubiera acontecido caso de cumplir con su deber, ya que ese caso no se da. Unicamente, cuando el deudor responda de los accidentes fortuitos producidos por efecto de la conducta ilícita, le reconoce la ley la posibilidad de eximirse probando que el daño lo mismo se habría producido caso de haber cumplido fielmente con sus deberes contractuales. Si en nuestro ejemplo anterior, la cosa se destruye el 6 de marzo en poder del deudor y, por un accidente fortuito, podrá eximirse probando que lo mismo se hubiera destruído por el incendio el 3 de marzo en la casa del acreedor. Esta fórmula debe, a mi juicio, aplicarse a todos los casos del que se llama "casus mixtus". La razón es que al responsable sólo se le pueden imputar los daños producidos fortuitamente cuando el accidente fortuito que los origina no hubiera alcanzado al objeto sin la conducta culpable de aquél.

Algunos autores, en este punto, sólo entienden que debe quedar exento de responsabilidad el deudor, cuando el mismo accidente fortuito que destruye la cosa en su poder se hubiera producido caso de realizarse puntualmente la prestación. Por tanto, en nuestro ejemplo, el deudor moroso, si la cosa se quema en su poder el 6 de marzo, no podría alegar que el 3 de marzo se habría quemado también en poder del acreedor,

pues no se trata del mismo suceso, sino de un suceso distinto. El Derecho común no establece esta restricción. Y así se dispone igualmente en el Código civil alemán (parágrafo 287) y en el Código civil francés (artículo 1.302)".

En lo que se refiere al caso de que el evento hipotéticamente dañoso tenga lugar posteriormente al efectivamente productor del daño opina VON THUR que "la responsabilidad no desaparece ni mucho menos porque "después" de producirse el daño sobrevengan nuevos sucesos que lo hubieran provocado, si antes no se hubiera producido. En los casos de responsabilidad que se agrupan bajo el nombre de "casus mixtus", el deudor no se libera tampoco por sucesos que hayan podido producirse después del que ha originado el daño. Si, por ejemplo, el objeto adeudado perece fortuitamente el día 6 de marzo, en estado de mora del deudor, y el día 7 sobreviene un accidente que hubiera producido el mismo daño, el deudor no puede invocarlo para quedar libre de su responsabilidad. De otro modo, todos los créditos de indemnización se hallarían condicionados por tiempo indeterminado a la marcha ulterior de las cosas".

Crítica muy agudamente PANTALEON PRIETO, el "maniquismo" del maestro al ejemplificar su planteamiento mediante la figura de un deudor moroso que cuida negligentemente la cosa objeto de la prestación y, a consecuencia de ello, ésta se pierde. El hecho generador de responsabilidad, —aclara el autor—, no es la conducta constitutiva de mora ("la no—entrega—tempestiva" cuya eliminación mental consiste en "la entrega—tempestiva", que habría permitido la eficacia real del fortuito incendio), sino la constitutiva de negligencia posterior ("dejar—la—cosa—incustodiada"). No se responde en ese caso según el 287.2 del B.G.B, sino según el 287.1, en relación con el 276 y 280.1 de dicho Código" (es decir, respondería por culpa). *Ahora bien*, —continúa PANTALEON PRIETO—, prescindiendo, sin embargo, de esta pequeña trampa de VON THUR¹, lo que importa aquí verdaderamente es resaltar que el autor que nos ocupa se ha dado cuenta con claridad de que en estos supuestos, la no—necesidad de idéntico caso fortuito no nos encontramos necesariamente ante un problema de relación de causalidad,

¹ Que PANTALEON atribuye al empeño del tratadista en "reducir al absurdo a sus oponentes (*sic*)", *op. cit.*, p.297, nota 205.

lo que es un paso importantísimo para el correcto planteamiento del tema que nos ocupa".

En mi opinión no es necesario polemizar excesivamente sobre este tema. El hecho de que el deudor constituido en mora responda de los casos fortuitos no significa que su obligación no se extinga realmente por efecto del mismo, sino más bien que estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios que la situación de incumplimiento definitivo le ha irrogado al acreedor. Si hasta el momento era responsable de un incumplimiento temporal, una vez verificada la imposibilidad de prestar, se tornará responsable de un incumplimiento definitivo. A este supuesto hace alusión el artículo 1.124 del Código civil cuando permite el ejercicio del *ius variandi*. La relación jurídica por lo tanto no se "*perpetúa*", sino que el deudor no se libera, vía artículo 1.105 y 1.182, de la responsabilidad que pesa sobre él (ahora en su máxima extensión o manifestación), es decir, la indemnización de los daños y perjuicios por un incumplimiento definitivo causado por caso fortuito. Cuando estaba en mora y podía cumplir su prestación, debía haberlo hecho tempestivamente (como debió cumplirla al vencimiento de la obligación, sin esperar a que se la exigieran, porque ello le situaba en mora, o determinaba su incumplimiento), porque el caso fortuito que le origine una sucesiva imposibilidad de cumplir, no le liberará porque, en definitiva, se ha puesto él sólo en condición de no poder cumplirla. Aunque el evento no le sea imputable (a dolo o culpa suya) se debe a un hecho suyo, ya que no se hubiera verificado de haber cumplido tempestivamente¹.

Pero, como seguramente la presunción que late en el fondo de la *perpetuatio* es la de que la imposibilidad definitiva de cumplir no hubiera tenido lugar si el deudor hubiera cumplido tempestivamente, aún después de la mora, se debe permitir la prueba de que igualmente hubiera devenido inútil de haberse ejecutado a tiempo y que el deudor hubiera sufrido este perjuicio. Ello no obsta para que el deudor ya incumplidor (temporal) deba indemnizarle los daños derivados del incumplimiento temporal, aunque si se acepta la prueba, no del definitivo. Y como el sentido de tal prueba es la de determinar que efectivamente el acreedor no hubiera sufrido el daño derivado del

¹ Vid. en este sentido, NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, op.cit., pág.269.

incumplimiento definitivo, porque igualmente se hubiera visto privado de la cosa o del servicio, si ya formara parte de su patrimonio, es indiferente, en mi opinión, el momento cronológico al que se haga referencia el caso hipotético. En cualquier caso, la lógica y la práctica dice que el evento real ya ha afectado a la cosa y que no se trata más que de una hipótesis que no debe ir referida al tiempo, sino al daño resarcible como efecto económico negativo. Es el daño consiguiente al incumplimiento que debe recibir una calificación distinta por la circunstancia, si se prueba, de que la prestación hubiera quedado igualmente inutilizada para el acreedor. Se debe concretar, una vez que el deudor haya demostrado que la cosa se hubiera visto afectada igualmente por el evento fortuito, de haberla entregado a tiempo, el daño sufrido por el acreedor desde el momento que le intimó o que el deudor estaba constituido en mora y el momento en que tuvo lugar el suceso que imposibilitó el cumplimiento tardío (independientemente de valorar que el incumplimiento temporal haya sido doloso o no doloso)¹.

¹ No deseo finalizar este epígrafe sin comentar las líneas que el prof. PANTALEON PRIETO le ha dedicado a este problema de la *perpetuatio obligationis* del deudor constituido en mora en uno de sus últimos trabajos publicados (*Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, op.cit., pág.1740), porque, a pesar de no estar conforme con la abolición que este civilista propugna por considerar que los artículos 1.096 y 1.182 no merecen ser conservados, y que el Derecho uniforme sobre la compraventa internacional y los Principios de UNIDROIT y del Derecho Contractual Europeo no contienen ninguna norma así y que además reflejan ideas punitivas ajenas a la función exclusivamente resarcitoria de la responsabilidad contractual, PANTALEON PRIETO, sostiene en alguna medida lo que hasta aquí se ha defendido. Dice este autor: "Cuando la prestación deviene imposible en situación de mora del deudor caben las siguientes hipótesis:

a) El suceso inmediatamente causante de la imposibilidad puede ser subjetivamente imputado al deudor. Este responderá del daño derivado de la imposibilidad según las reglas generales: igual que si no hubiese estado en mora.

b) El suceso inmediatamente causante de la imposibilidad es un caso fortuito, pero puede imputarse objetivamente a (es consecuencia necesaria de) la no prestación tempestiva del deudor. Este responderá del daño resultante de la imposibilidad, como de cualquier otro daño objetivamente imputable a la mora, según las reglas generales: los artículos 1.101 (morosidad) y 1.107 C.c.

c) El suceso inmediatamente causante de la imposibilidad es un caso fortuito y no objetivamente imputable a la mora. El deudor sólo responderá del daño resultante de la imposibilidad si una norma especial así lo dispone; y puede disponerlo de una de estas tres maneras:

1º) El deudor moroso responderá en todo caso.

2º) Responderá, salvo que el mismo caso fortuito hubiera afectado del mismo modo al bien objeto de la prestación en el ámbito del acreedor, de haber cumplido el deudor tempestivamente.

3º) Responderá, salvo que el bien objeto de la prestación se hubiese perdido o destruido en poder del acreedor por efecto del mismo caso fortuito o de otro suceso que no hubiese dado lugar a responsabilidad de un tercero, de haber cumplido el deudor tempestivamente.

4.- La resolución del vínculo contractual en las obligaciones sinalagmáticas.

Son dos las normas que con carácter general se deben analizar y poner en conexión para tratar de poner alguna claridad en torno a la facultad del acreedor de resolver el contrato cuando ha visto lesionado su derecho de crédito, bien por el retraso jurídicamente relevante (moroso), bien por un cumplimiento defectuoso o bien por uno definitivo. El artículo 1.124 del Código civil establece que *"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria"*. No le falta razón a OGAYAR Y AYLLON¹ cuando explica que a pesar de ser el artículo del Código que ha originado la mayor actividad investigadora por parte de los civilistas, tampoco es exagerado afirmar que es el que más veces provoca la actividad del Tribunal

La primera de estas tres opciones -responsabilidad "sin relación de causalidad", si de relación causal cupiera hablar con propiedad respecto de las omisiones-, sólo la prevén algunos ordenamientos para la obligación de restitución nacida de delito (cfr. arts.1302.IV francés, 1.221.II C.c. italiano y, más discutible, el 1.185 C.c. español). La segunda -sólo se responde si la mora es condicio sine qua non del fortuito causante de la imposibilidad- es la que en nuestro Código civil prevén los artículos 1.096.III, 1.182 y, a maiore ad minus, 1.896.II. Y la tercera, conlleva dar relevancia exoneradora a las "causas hipotéticas del daño", es la acogida, por ejemplo, en el último inciso del parágrafo 287 BGB; siendo opinión absolutamente dominante que no exonerarán aquellas causas hipotéticas que habrían provocado el daño en el ámbito del acreedor que hubiese recibido puntualmente el bien objeto de la prestación después de la efectiva pérdida o destrucción del mismo en el ámbito del deudor". Se ha trasladado esta explicación de PANTALEON PRIETO sobre las consecuencias que puede llegar a tener en la responsabilidad debitoria del deudor moroso acoger una u otra interpretación, puesto que la explicación es lo suficientemente gráfica como para dejar planteado el estado de la cuestión. En este trabajo, como se ha visto, se acoge la tercera posibilidad, puesto que en realidad la constitución en mora no es otra cosa más que un instituto creado para el reparto de los riesgos contractuales, cuando éstos no hayan estado previamente distribuidos mediante otros criterios y, en consecuencia, no es más que la concreción de las normas generales de responsabilidad contractual. Responsabilidad contractual que persigue, como recuerda PANTALEON PRIETO, el resarcimiento de los daños derivados de la relación obligatoria y no sancionar las conductas de los vinculados por ella.

¹ Vid., *Efectos que produce la obligación bilateral (Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1983, pág.9.

Supremo, pues tiene grandes lagunas que la jurisprudencia ha tenido que ir llenando.

Los problemas esenciales o primarios a que da lugar la interpretación de esta norma, resumidamente, pueden sintetizarse en los siguientes: ¿Basta el simple incumplimiento de la obligación para ejercitar la facultad resolutoria o es necesario algún otro presupuesto?, ¿es cualquier tipo de lesión del derecho de crédito susceptible de resolución o sólo se puede ejercitar cuando sea reiterado, grave o definitivo?, ¿es efectivamente la *exceptio non adimpleti contractus* una causa de suspensión de la acción resolutoria?, ¿qué relación existe, si efectivamente hay alguna, entre la resolución contractual y la llamada "*compensatio morae*"?, ¿está esta última contemplada en el último párrafo del artículo 1.100 del Código civil?, ¿por qué se dice que el artículo 1.504 del Código civil referente a la resolución del contrato de compraventa de inmuebles es una regla especial con respecto al 1.124 y al 1.100?. Es cierto que no es este el lugar oportuno para analizar estos temas, porque el objeto de este estudio es la constitución en mora del deudor, pero como aquí se defiende que la constitución en mora no es otra cosa más que otro de los efectos que produce el incumplimiento de las obligaciones, por fuerza una breve referencia ha de hacerse a estos problemas que surgen de la resolución contractual. Si el último inciso del artículo 1.100 efectivamente regula la *compensatio morae* es necesario ponerlo en conexión con el 1.124 del Código civil.

Aunque en el Proyecto de 1851, el artículo 1.042 hablaba de "*condición resolutoria implícita*", la mayor parte de la doctrina actual niega la naturaleza condicional de la resolución. No se trata de una auténtica condición, porque las condiciones son eventos futuros e inciertos que se establecen en los contratos expresamente con el fin de hacer depender de ellos la eficacia del negocio y en la facultad resolutoria del artículo 1.124, el evento futuro es el incumplimiento, que no puede ser considerado como un evento condicional, porque el cumplimiento de la obligación es un acto debido y las consecuencias del incumplimiento no entran en juego por efecto de una condición negocial, sino como consecuencia de la aplicación del

ordenamiento jurídico¹. OGAYAR Y AYLLON² añade, además, que es el párrafo tercero del artículo 1.124 el que manifiesta claramente que la acción resolutoria no tiene nada que ver con la condición resolutoria, pues ésta cumplida la condición, actúa retroactivamente, produciendo la resolución de pleno derecho, sin necesidad de decisión judicial, *ex tunc e in rem*, en acatamiento a la voluntad expresamente manifestada por los contratantes al convenir la condición, mientras que la resolución que autoriza se encamina, ante todo, a favorecer la subsistencia del vínculo contractual mediante el respeto a los contratos válidamente celebrados, impidiendo que se pronuncie su resolución en aquellos supuestos en que no se patentice una voluntad rebelde al cumplimiento; por eso, así como la acción de resolución es facultativa en su ejercicio por el perjudicado, los Tribunales también pueden moderarla, prorrogando el plazo de cumplimiento, si así puede salvarse el convenio.

En mi opinión es difícil ver en la acción resolutoria una finalidad que no sea la de proteger al contratante lesionado por el incumplimiento, sea éste del tipo que sea. No creo que la facultad moderadora del Tribunal que tenga que decretar la resolución haya sido otorgada para que salvaguarde la subsistencia de los vínculos contractuales, ni que sea necesaria la tantas veces repetida alusión a la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Los motivos que guían tal afirmación son, en primer lugar, que no se duda de que la resolución del artículo 1.124 es una verdadera facultad del contratante que sufre el incumplimiento y, en consecuencia, en manos del acreedor está el hacer uso de ella o no hacerlo. En segundo lugar, basta el hecho del incumplimiento de la obligación, retrasado, parcial, defectuoso o definitivo, para que el ordenamiento jurídico faculte al contratante cumplidor a actuar los medios de defensa que se le ofrecen. Exigir un determinado comportamiento en el incumplidor sería, desde el punto de vista probatorio, tanto como negarle al lesionado las defensas que se le otorgan o vaciar éstas

¹ Vid., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.702. Es necesario recordar en este punto el tenor literal del artículo 1.258 del Código civil que establece que "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

² Vid., OGAYAR Y AYLLON, *Efectos que produce la obligación bilateral*, op.cit., pág.68.

de contenido. Además, que tenga que tratarse de una "*voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento*" equivale a exigir una conducta dolosa en el deudor, como reconoció la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989¹. En tercer lugar, el hecho de reconocérsele al contratante lesionado la facultad de ejercitar la resolución del vínculo contractual, no significa que se reconozca el abuso de ese derecho. Creo que precisamente se le otorga al Tribunal que tenga que conocer de esta acción la posibilidad de fijar un plazo definitivo (o resolutorio) para el cumplimiento exacto de la obligación, con la finalidad de evitar este tipo de comportamientos. Además, no hay que olvidar que el propio precepto faculta el *ius variandi* cuando habiendo ya optado el acreedor por el cumplimiento éste deviene imposible. La imposibilidad de la que habla el artículo incluye tanto los supuestos de imposibilidades imputables, como las fortuítas, en cuyo caso no hay razón para seguir afirmando que el incumplimiento al que hace referencia la facultad resolutoria es al imputable y mucho menos que imputabilidad es sinónimo de culpabilidad (o de dolo, que es lo que en definitiva viene requiriendo el Alto Tribunal). Pero es que, a mayores, si lo que sí es necesario es la existencia de un incumplimiento y para determinar éste es preciso, como se viene defendiendo en este trabajo, que la obligación además de estar vencida haya sido exigida por el acreedor interesado en el cumplimiento y además, el artículo 1.100 requiere que previamente el contratante que exija el cumplimiento de la otra parte haya cumplido su parte, lo que parece cierto es que contra quien se ejercite la resolución estará constituido en mora, y el incumplimiento será imputable, al igual que lo será la imposibilidad sobrevenida posteriormente a este estadio. Pero que todo esto venga dado como consecuencia de la exigibilidad del crédito, no significa, en mi opinión, que se pueda afirmar con rotundidad que son requisitos indispensables para la resolución. A mi juicio, es la situación en la que necesariamente se encuentra cualquier incumplidor, porque si no

¹ Este, quizá, es el pronunciamiento del Tribunal Supremo más citado por los autores que se ocupan del tema, en los últimos años. Su importancia radica en el hecho de que ha abierto una brecha a lo que ya era una doctrina jurisprudencial inatacable: la de que debía necesariamente concurrir en el deudor una voluntad deliberadamente rebel al cumplimiento para decretarse la resolución del contrato por incumplimiento. La sentencia que ahora se cita expresó claramente que "*para la resolución de los contratos no se requiere una actitud dolosa del incumplimiento, ni una actitud deliberadamente rebelde al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte, siempre que tal conducta del incumplimiento no represente dejar de cumplir prestaciones accesorias o complementarias, pudiendo consistir la misión del incumplimiento en una prolongada inactividad o pasividad del cumplimiento de la otra parte*"

distinguir las de un simple retardo; y en el examen de estas causas puede haberlas tan favorables, que el juez se vea forzado por la equidad para conceder un plazo"¹. Es la idea de sinalagma la que lleva al comentarista a afirmar que se presume o se sobreentiende que ninguno quiere quedar obligado si la otra parte no cumple su obligación. Existe en la estructura de la relación obligatoria bilateral una interdependencia o nexo causal entre los deberes de los obligados, que sin ella los sujetos que tomaron parte en el contrato no hubieran convenido en él. Se trate el sinalagma desde la perspectiva de su carácter genético o del funcional, la obligación no cumplida lo rompe, destruye ese nexo o interdependencia y, en consecuencia, ha de permitirse la desvinculación, porque la relación obligatoria carece del elemento esencial que la caracteriza, la reciprocidad, carece de "causa" y sentido de subsistencia. DIEZ-PICAZO² explica esta idea de manera clara: El sinalagma que une las obligaciones y da vida a la relación obligatoria se concreta en la idea de que ambos deberes, funcionalmente enlazados, deben cumplirse simultáneamente (*sinalagma funcional*) y que en la "génesis de la relación obligatoria" cada deber de prestación constituye para la otra parte la razón de ser o la "causa" por la que queda obligada a realizar su propia prestación (*sinalagma genético*). Sólo se puede entender la interdependencia de las obligaciones (y de las acciones) cuando se generaliza la idea de que mientras uno de los obligados no cumpla, el otro tampoco tiene por qué cumplir (*exceptio non adimpleti contractus*) y que el incumplimiento definitivo de uno de los obligados faculta al otro a romper el vínculo y quedar liberado de la propia obligación. Según la doctrina mayoritaria, es indudable que la excepción de incumplimiento se funda en la regla de la ejecución simultánea de las prestaciones recíprocas y por tanto, no sólo una parte puede rehusar cumplir si el otro no cumple a su vez su obligación, sino que tampoco puede exigir el cumplimiento, si él mismo no ha cumplido lo que le incumbe. Esta regla parece deducirse del último párrafo del artículo 1.100 del Código civil.

¹ Una duda que surge cuando se estudia el tema de la resolución contractual, es aquella atinente a su ubicación en el Código civil. siendo un remedio que se le otorga al acreedor de una obligación bilateral, está situado entre las reglas de las obligaciones condicionales. Quizá esto se deba a su semejanza, por no decir identidad, con la condición resolutoria. GARCIA GOYENA y el Proyecto del 51 hacía alusión a ella como condición y no como facultad.

² Vid., *Fundamentos del derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.372.

En mi opinión, es ésta la esencia de la facultad resolutoria que implícitamente existe en las obligaciones sinalagmáticas. El contratante no tiene por qué cumplir su obligación, cuando la prestación de la que traía su causa o fundamento no ha sido ejecutada, pero tampoco puede exigir su cumplimiento si él no ha ejecutado el deber que le incumbía. Si ninguno de los contratantes cumple en el momento previsto para ello su respectiva obligación significa que ninguno de ellos está legitimado para exigírsela al otro y, en consecuencia, no están legitimados para usar de los remedios que el ordenamiento pone a su alcance para defender su derecho de crédito, ya que no ha habido lesión (ningún patrimonio sufre daño). En definitiva y si esto que se predica es cierto, hay que afirmar que ninguno podrá resolver, pretender el cumplimiento, ser indemnizado, ni trasladar los riesgos al otro contratante. Ambos estarán retrasados en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones, pero el retraso al no ser jurídicamente relevante, no originará consecuencia alguna. El único medio de alcanzar la protección del ordenamiento es el cumplimiento exacto y a partir de ese momento el acreedor (parte contratante cumplidora) estará facultado para ejercer todas aquellas medidas tendentes a la satisfacción de su derecho de crédito, ahora sí, lesionado.

Si se comprende la idea de sinalagma, se gana terreno para interpretar adecuadamente el último párrafo del artículo 1.100 referente a la constitución en mora en las obligaciones recíprocas. En este trabajo, como se defenderá más adelante, se acoge la tesis de que esta norma tan sólo establece la *exceptio non adimpleti contractus* y que mientras ninguno de los obligados simultáneamente al cumplimiento cumpla lo que le incumbe¹, ambos estarán en mora y cada uno correrá con sus propios riesgos, existe entre tanto una *compensatio morae*.

En cuanto a la especialidad de la norma contenida en el artículo 1.504 del Código civil, sobre la resolución de la compraventa de bienes inmuebles, son tantas las líneas doctrinales que actualmente se siguen en nuestro país que profundizar sobre el

¹ O se allane a cumplirlo, lo que, a mi juicio, no hace referencia a un cumplimiento posterior, sino a lo que los italianos llaman obligaciones *querables*.

tema sería caer en el error de pretender cuadrar el sistema de obligaciones. Sin embargo, si se quiere poner de manifiesto que creemos que esta norma alude a la facultad resolutoria del artículo 1.124 y no a la condición resolutoria expresa, ya que habla de *"aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato"*. Podría parecer, a primera vista, que estaría exigiendo el requerimiento moratorio para un tipo de obligaciones que por su propia naturaleza se entienden exigidas a su vencimiento (se trataría de un término final de cumplimiento y no de uno inicial o suspensivo) y, consecuentemente, supuestos de mora automática o *ex re*. Pero como se ha visto, el precepto distingue claramente la llegada del término de cumplimiento con su efectiva exigencia por parte del acreedor, lo que llevaría al absurdo de que a este supuesto concreto se le aplicaría la regla de las obligaciones a plazo, con término inicial de cumplimiento. El requerimiento a que hace alusión este artículo no es al moratorio sino al resolutorio. Es necesario que el vendedor para ejercitar la resolución de la compraventa del inmueble, tras el incumplimiento del pago del precio por el comprador, requiera judicial o notarialmente¹ la resolución, de tal forma que hasta que lo haga el comprador pueda liberarse pagando el precio. Ahora bien, al igual que el artículo 1.124 permite al Tribunal que conozca de esta acción fijar por causas justificadas un plazo para el cumplimiento, el requerimiento resolutorio impide el otorgamiento de un nuevo plazo para el cumplimiento. Sin duda, hay que conectar este supuesto al hecho de que se trata de compraventas de inmuebles en el que el legislador ha optado por una norma de protección de este tipos de contratos traslaticios, por la importancia de su objeto y porque, en la mayoría de los casos, el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias (al fin y al cabo el supuesto de hecho que contempla el 1.504 es la falta de pago del precio), es un incumplimiento temporal y no definitivo. El requerimiento judicial o por acta notarial que se exige en el artículo 1.504 es el necesario para convertir en definitivo un incumplimiento, que cuando tiene lugar posee el carácter de temporal, toda vez que se permite *ex lege* el pago tardío del precio hasta el efectivo requerimiento resolutorio.

¹ El hecho de que el tipo de requerimiento exigido sea judicial o notarial afirma todavía más el convencimiento de que no se trata de requerimiento moratorio, sino resolutorio, puesto que de lo contrario, estaría haciendo una excepción a la intimación judicial o extrajudicial que se exige en el primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil para la constitución en mora del deudor.

Una vez que ha tenido lugar éste, el Tribunal no está legitimado para ejercer la facultad que se le concede en el artículo 1.124 de fijación de un plazo para el cumplimiento tardío.

CAPITULO CUARTO:

LA CONSTITUCION EN MORA DEL DEUDOR

I.- LA FIGURA DE LA CONSTITUCION EN MORA DEL DEUDOR EN EL ACTUAL DERECHO DE OBLIGACIONES.

Hasta este momento se ha querido poner de manifiesto y comprobar que la constitución en mora del deudor es algo distinto a lo que tradicionalmente se viene entendiendo. Se trata, en mi opinión, de una figura jurídica creada por el legislador como vehículo de traslación de riesgos al deudor incumplidor cuando nada se haya previsto por las partes contratantes o por la propia ley que regula la relación obligacional. Pero al contratante no solamente se le atribuyen los riesgos fortuítos que puedan afectar a la relación obligatoria cuando se le constituye en mora, sino que la situación de *perpetuatio obligationis* aparece en otros tantos supuestos que el propio ordenamiento contempla. Así, por ejemplo, cuando se ha transmitido doblemente una misma cosa (art.1.096.III), cuando el deudor de mala fe ha aceptado un cobro indebido, cuando la cosa debida procede de delito o falta (art.1.185) y, de manera general, los

casos en los que el acaecimiento de un evento fortuito no libera al deudor de su responsabilidad y, en consecuencia, la imposibilidad sobrevenida de la prestación no extinguirá la obligación. Incluso cuando esta imposibilidad sea de carácter definitivo existirá la *perpetuatio obligationis* que, naturalmente, se resolverá en la obligación del deudor de indemnizar los daños y perjuicios causados al acreedor por efecto del incumplimiento definitivo.

Pero, aunque tradicionalmente se haya venido configurando la mora del deudor como un retraso en el cumplimiento cualificado por sus efectos, por la responsabilidad agravada del deudor moroso, en mi opinión, es necesario distinguir todos los supuestos en que el deudor responde de los casos fortuitos, porque en algunos esta "especial" responsabilidad viene dada por el efecto del incumplimiento y otras, por el efecto de la ley o del convenio celebrado entre las partes contratantes. En otras, además, es el propio negocio constitutivo de la obligación el que determina la asunción de los riesgos contractuales. Todas ellas son hipótesis de *perpetuatio obligationis*, pero, en puridad, no lo son estrictamente de "constitución" en mora del deudor, porque la atribución de los riesgos ha sido efectuada con anterioridad al incumplimiento de la obligación. Son, por decirlo de alguna manera, supuestos de mora en el deudor, pero no de "constitución" en mora, porque el deudor ya estaba constituido en mora con anterioridad. En resumen, se puede afirmar que son cuatro los supuestos de mora del deudor: el que tiene lugar tras la interpelación del acreedor, aquel que nace en virtud de la ley, el que se origina por el convenio de las partes y aquel que surge de la propia naturaleza y circunstancias de la obligación. Todos ellos producen el mismo efecto en el ámbito de la responsabilidad

del deudor, puesto que le sujetan u obligan, hasta el momento del cumplimiento exacto de la obligación, a soportar y responder de todos los eventos que sobrevenidamente puedan afectar a la correcta ejecución de la prestación, aunque cada uno de ellos surge por una causa diferente. Es a cada uno de estos casos de *mora debendi* al que hay que dedicar esta parte del estudio, porque, sin duda alguna, llevará a afirmar la independencia de la figura de la constitución en mora en nuestro actual Derecho de las obligaciones. La mora del deudor no es otra cosa más que otro efecto de la responsabilidad del deudor.

1.- Concepto de constitución en mora del deudor. Aspectos polémicos.

Como se ha venido diciendo hasta este momento, la figura de la constitución en mora del deudor o *mora debendi* es independiente de la del retraso como infracción del derecho de crédito, aunque puedan coincidir en algunos supuestos, es decir, en todos aquellos en lo que el deudor no habiendo asumido previamente los riesgos de los casos fortuitos, incumple temporalmente la obligación que pesa sobre él. Se llama constitución en mora del deudor a aquella situación jurídica en la que se encuentra el obligado tras el incumplimiento de la obligación que le incumbía, porque su acreedor al haberle reclamado la prestación le ha colocado en esta situación de "especial responsabilidad". La posición jurídica en la que se encuentra se ha denominado tradicionalmente como una "*responsabilidad agravada o cualificada*", pero, a mi juicio, no es del todo correcto afirmar ni su gravedad, ni su cualificación, puesto que, en definitiva, de lo que se trata es de un efecto o una consecuencia más derivada de la responsabilidad por incumplimiento, es por ello, por lo que se prefiere calificarla de responsabilidad especial.

El deudor cuando incumple se coloca en situación de mora, siempre que no hubiese asumido ya los riesgos contractuales en virtud del convenio o por la propia previsión de la ley. Es por ello, por lo que no cabe por menos que configurarla como una consecuencia más de la infracción del derecho de crédito. El único supuesto, a mi juicio que, por consiguiente es indispensable para que la mora exista es el incumplimiento de una obligación positiva, tal y como establece el propio artículo 1.100 del Código civil : *"Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación"*. Pero a esta norma hay que añadirle, sin duda alguna, todos aquellos supuestos que contempla el segundo párrafo del precepto, es decir, aquellos en los que el deudor se encuentra en mora desde el momento mismo en que nace la obligación, bien porque la ley así lo establece, como porque las partes así lo hayan convenido al celebrar el convenio, como porque sea una consecuencia necesaria e inherente a la propia obligación. Todos estos supuestos, que se estudiarán en los próximos epígrafes, es necesario contemplarlos desde el punto de vista de la distribución de los riesgos contractuales y no desde la perspectiva de la culpabilidad o de la imputabilidad culposa del incumplimiento.

Constitución en mora, ya se ha dicho, es sinónimo de traslación o imputación de riesgos al deudor. El momento que fija la ley para la traslación de los mismos (artículo 1.100 C.c), cuando nada está previsto al respecto, es el del incumplimiento. Mientras no exista un incumplimiento verdadero y propio de la obligación, cada contratante correrá con los riesgos que se deriven de su propia obligación. Creo que no debe existir problema alguno en admitir que el legislador está regulando el momento *desde el que*

se entiende que el deudor corre con todos los riesgos fortuitos que puedan afectar a su prestación en el futuro. El momento es el de la efectiva exigencia o requerimiento de la prestación por parte de acreedor interesado en el cumplimiento. La exigencia de la prestación equivale a determinar el momento del incumplimiento, del ilícito obligacional y ésta sólo origina problemas en las obligaciones con término de cumplimiento inicial, con condición suspensiva y sin plazo de cumplimiento, porque en todas las demás, por su propia naturaleza y definición, son exigibles y exigidas desde el mismo momento en que nacen y hasta que llega el plazo final de cumplimiento. Esta regulación que hace el primer párrafo del artículo, que ahora se analiza, debe necesariamente estar aludiendo a las obligaciones con o sin plazo y a las condicionales. También hay que añadir aquellas que están sometidas a término de cumplimiento final o, incluso esencial, a las que ya hacía alusión GARCIA GOYENA¹, cuando comentaba que "*algunas obligaciones envuelven tácitamente plazo ó término; por ejemplo, la de dar una cosa en cierto lugar envuelve el tiempo necesario para trasladarla al lugar señalado (párrafo 1, título 16, libro 3, Instituciones y ley 13, título 11, Partida 5)*", que equivaldría a lo que en el Código civil italiano de 1942 (art.1.219) se denominan obligaciones *portables* y que siguen un régimen de constitución en mora distinto a aquellas *quérables* en las que la colaboración o cooperación del acreedor es necesaria para el exacto cumplimiento de la obligación, puesto que deben ser cumplidas en el domicilio del deudor. Las obligaciones *portables* no siguen la regla del primer párrafo del artículo 1.100, puesto que aunque tengan fijado un plazo final expreso para su cumplimiento, al ser preciso que el deudor se desplace al domicilio del acreedor para ejecutar la prestación debida,

¹ Vid., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, op.cit.*, pág.562.

ha de entenderse que, llegado el término final de cumplimiento, si el deudor no se ha dirigido al domicilio del acreedor a cumplir su obligación, estará automáticamente constituido en mora, sin necesidad de que el acreedor le requiera al cumplimiento, porque el hecho mismo de que no haya acudido al lugar del pago es suficiente para determinar el incumplimiento del deudor y su consiguiente constitución en mora¹. Sin embargo, en las obligaciones *quérables* o de cumplimiento en el domicilio del deudor, el vencimiento del término final pactado para el cumplimiento de la obligación, sin que el acreedor se haya dirigido al domicilio del deudor para liberarle de la obligación y obtener la satisfacción de su derecho de crédito no determina, en forma alguna, el incumplimiento y, en consecuencia, tampoco se le habrán trasladado los riesgos de la cosa, salva siempre la presunción de culpabilidad por la pérdida de la cosa debida, hallándose ésta en poder del deudor del artículo 1.183 C.c.. Porque para que el acreedor de una obligación *quérable* constituya en mora al deudor sigue siendo necesario, si nada se ha pactado al respecto, que el deudor haya incumplido y si la no-ejecución de la prestación, se ha debido a que el acreedor no ha cumplido su deber de cooperación al cumplimiento, porque debía haber acudido a recibir el pago y no lo hizo, difícilmente se podrá entender que el deudor ha incumplido. El deudor no está obligado a cumplir en lugar distinto al pactado y ni siquiera podrá hacer uso de la consignación judicial de la cosa debida, porque el acreedor no se ha negado a recibir el pago, sino que ni siquiera

¹ Según el artículo 1.171 del Código civil "el pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta exista en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el domicilio del deudor". Como se puede observar, el ordenamiento establece como último criterio de determinación del lugar del pago el domicilio del deudor. Se prevé, en consecuencia, que a falta de convenio expreso al respecto o de obligación de dar cosa determinada, la obligación es *quérable*. Sin duda, es una regla favorable al deudor, puesto que para que pueda constituirse en mora, es necesario que el acreedor se dirija a reclamar su crédito vencido y exigible.

le ha podido ser ofrecido al no haberse dirigido al domicilio del deudor a recibirlo. Es el acreedor quien debe requerir el pago si desea trasladarle los riesgos al deudor una vez vencida y exigible el cumplimiento.

"Ultimamente, puede señalarse el plazo ó tiempo, no para el cumplimiento ó principio de la obligación, sino como término de su duracion: no como dia en que pueda exigirse, sino como dia en que fenece: "te prometo una pension de mil duros anuales por veinte años, é hasta que te cases": en este caso la obligacion es pura, pero espirará, llegado el plazo (párrafo 3, título 16, libro 3, Instituciones, y ley 15, título 11, Partida 5". Este comentario que hace GARCIA GOYENA¹ al artículo 1.045 del Proyecto de 1851 lleva a pensar que efectivamente el plazo de cumplimiento suele ir en los Códigos referido a plazos iniciales y no a plazos finales. Es por ello, que en el artículo 1.046 del Proyecto se preveía que "el efecto del plazo es retardar el cumplimiento de la obligación, hasta que aquel se venza: la obligacion es exigible al dia siguiente del vencimiento. Lo que se hubiere pagado anticipadamente, no puede repetirse." y GARCIA GOYENA comentaba que en la obligación a plazo se debe desde luego, aunque no puede exigirse hasta vencido el plazo y por ésto lo pagado con anticipación no puede repetirse. En "las obligaciones puras y sin plazo son exigibles desde su otorgamiento, salvo lo dispuesto en el artículo 1.646"² (artículo 1.050 del

¹ Vid., Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, op.cit., pág.563.

² El artículo 1.646 del Proyecto de 1851 regula el préstamo y dice que "A falta de pacto que determine el tiempo para la restitución, se deberá hacer a los diez días después de haberla reclamado el acreedor, cuyo término podrá ser prorrogado con justa causa por los Tribunales". GARCIA GOYENA explica la ratio de la norma con las siguientes palabras: El objeto del préstamo es favorecer al que lo recibe; y este podría quedar burlado no dándole algun tiempo para aprovecharse de él, como se da en el comodato: "hoc acquitas suadet, etsi jure deficiamus" (vid., Concordancias, motivos y comentarios del Código civil, op.cit., pág.861).

Proyecto de 1851). Como puede observarse el régimen y las consecuencias a que da lugar el vencimiento de estas obligaciones es bien diverso. En un principio, como explica el comentarista, la Comisión de codificación estimó que establecer que las obligaciones puras estaban vencidas y exigidas desde su constitución era una disposición "seca y severa", puesto que los efectos de entender así este tipo de obligaciones significaba, en cierta medida, agravar la posición de los deudores. Los inconvenientes eran enormes en contratos como el préstamo y, por este motivo, decidió hacer una excepción a esta norma para este tipo de convenciones.

Antes de entrar a analizar los presupuestos de la constitución en mora, a mi juicio, es requisito indispensable situar el tema concreto al que se está haciendo referencia, puesto que la doctrina tradicional viene entendiendo por mora del deudor algo distinto a lo que se propugna en este trabajo. Así, por ejemplo, DIEZ-PICAZO¹ explica que "para que pueda hablarse de mora y de retardo es menester que no se haya producido el cumplimiento puntual de la obligación, en el momento establecido para ello, pero es necesario también que la obligación pueda todavía ser cumplida y que cumplida retrasadamente sea idónea para satisfacer el derecho del acreedor. Si la prestación se ha hecho imposible o no es ya idónea para satisfacer el derecho del acreedor, no hay mora, sino incumplimiento definitivo". No se comparte enteramente la opinión de DIEZ-PICAZO, puesto que sí es posible la situación de mora en los incumplimientos definitivos. El autor parte de la idea de mora como infracción del derecho de crédito, como un subtipo de los incumplimientos retrasados. A mi juicio, ni

¹ Vid., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pag.619.

la mora es una infracción del derecho de crédito, ni se aplica exclusivamente a los incumplimientos que afectan a la modalidad del tiempo en el cumplimiento, como tampoco ha de predicarse necesariamente de los definitivos que no pueden ser purgados con un cumplimiento tardío. No se puede afirmar con rotundidad que o bien hay mora o bien incumplimiento definitivo, sobre todo cuando las partes previamente al incumplimiento han pactado que el deudor corre con los riesgos de los casos fortuitos, o si la ley así lo dispone o si de la naturaleza de la propia prestación así se desprende. El deudor que incumple definitivamente por un caso fortuito y ha asumido este riesgo, será responsable del incumplimiento (tanto desde la perspectiva de los daños como la de los riesgos, puesto que de lo contrario quedará exonerado de responsabilidad y su obligación, por efecto del fortuito, se habrá extinguido). Mora y retraso se relacionan íntimamente, como mora y prestación defectuosa o mora y cumplimiento parcial. Pero, mora y retraso no es la única proposición jurídica que se puede hacer. El hecho de que la obligación sea susceptible de un cumplimiento posterior tiene incidencia cuando se contempla la posibilidad de una ejecución forzosa o cumplimiento *in natura*, pero si ha devenido imposible definitivamente igualmente tiene relevancia el hecho de que el deudor corra con los casos fortuitos, puesto que deberá cumplir por *equivalente*. La afirmación de DIEZ-PICAZO tiene sentido y es absolutamente correcta cuando se contempla el primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil, pero sólo éste. Si el deudor no tenía atribuidos los riesgos con anterioridad al momento en el que se determina el incumplimiento, y la infracción es temporal, o lo que es lo mismo, susceptible de un cumplimiento tardío, el hecho de que mediante el requerimiento se haya constituido en mora al deudor, significa que hasta que efectivamente cumpla la obligación, correrá con los casos fortuitos que puedan afectar al exacto cumplimiento,

fortuítos que hasta ese momento le eran inimputables. Pero, si la obligación incumplida no es susceptible de cumplimiento tardío y, en consecuencia, se trata de un incumplimiento definitivo, significa que el deudor, al no haberle sido trasladados los riesgos de la obligación, podrá exonerarse de su responsabilidad probando el caso fortuito, que no le es imputable (art.1.105 C.c.). El primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil está contemplando, desde mi punto de vista, los supuestos de incumplimientos temporales (y no necesariamente sólo los retrasos) en los que la obligación está sometida a un plazo inicial de cumplimiento o bien sin plazo y, en las que, en consecuencia, no rige la máxima *dies interpellat pro homine*.

A mi juicio, los problemas de interpretación a que da lugar el primer párrfo del artículo 1.100 son esencialmente los siguientes: en primer lugar, determinar si está regulando el tiempo en el cumplimiento de las obligaciones o el tipo de infracción obligacional. Es decir, se aplica a todos los casos de obligaciones con plazo inicial y condición suspensiva u obligaciones puras o más bien está contemplando el incumplimiento temporal de las obligaciones. El problema surge sin duda de la íntima conexión que tienen ambas figuras con el "*tiempo*" entendido tanto en su función de determinar el momento de cumplimiento, como la posibilidad del mismo. El retraso y cualquier otra infracción de la obligación susceptible de cumplimiento tardío mantienen una estrecha relación con el tiempo como posibilidad de cumplimiento, pero también el plazo de exigibilidad del mismo la posee. ¿A cuál de estos aspectos está haciendo referencia la constitución en mora del deudor?.

Tradicionalmente se viene afirmando que a la primera, es decir, que para hablar

de mora es necesario que el incumplimiento sea temporal y, consiguientemente, susceptible de cumplimiento posterior tardío. Sin embargo, en este trabajo se defiende la segunda interpretación, la constitución en mora se regula de distinta manera según se trate de obligaciones a plazo, condicionales y puras o con término final de cumplimiento. Pero si esta afirmación es correcta, entonces, el problema que aparece es el de averiguar si es posible hablar de mora en los incumplimientos definitivos. En mi opinión, la respuesta a este interrogante ha de buscarse en el artículo 1.105 del Código civil referente al límite de la responsabilidad del deudor. El precepto establece la exoneración de la responsabilidad en el caso fortuito salvo que la ley o la obligación haya establecido otra cosa y es en esta salvedad en la que encuentra su máximo sentido la mora del deudor.

Se es consciente de lo que significa introducir esta idea como una más de las que hasta el momento se han ofrecido para explicar el sistema de responsabilidad de nuestro ordenamiento. Se reduce con ella de manera ostensible el campo de actuación del caso fortuito como criterio de inimputabilidad de la responsabilidad contractual. Pero creemos que si efectivamente el deudor ha asumido voluntaria y convencionalmente los riesgos de los fortuitos, no hay problema en afirmar que no podrá usar de este criterio exonerador de la responsabilidad, porque para él será un criterio de imputabilidad. Lo mismo habrá de predicarse cuando la atribución venga realizada *ex lege* y se analizará en breve qué supuestos contempla el segundo número del párrafo segundo del artículo 1.100.

Ahora bien, es necesario para entender el funcionamiento de la mora del deudor,

determinar previamente su finalidad. Difícilmente se puede defender una u otra teoría sin saber de antemano qué es lo que el ordenamiento persigue con esta institución. GRAMUNT FOMBUENA¹ pone de manifiesto una idea que a mi juicio es absolutamente correcta: "En términos generales puede decirse que el artículo 1.100 C.c. contiene un mecanismo protector del interés crediticio, prescindiendo totalmente de la actitud del deudor ante la falta de cumplimiento de su obligación", aunque acto seguido afirma que "en cierto sentido, se considera al acreedor como el "dominus negotii", resultando de ello que es él quien tiene la potestad de reclamar el cumplimiento de la obligación una vez éste es exigible. La mora en sí misma considerada es una infracción obligacional que se traduce en la insatisfacción del derecho de crédito correspondiente". No se apoya esta última idea de la autora, porque la constitución en mora o bien es una medida de protección del derecho de crédito lesionado o bien es un tipo de lesión del mismo. El ordenamiento, en mi opinión, cuando se ha verificado la infracción pone en marcha la defensa del derecho lesionado, una de estas medidas es la constitución del deudor en mora. Pero para ejercitar estas medidas jurídicas es necesario previamente verificar la infracción, lo que tratándose de obligaciones sometidas a un plazo de cumplimiento, no puede tener lugar más que con la efectiva exigencia por el acreedor de su crédito, puesto que hasta entonces nada puede pedir, ni nada se le puede otorgar. Sí se comparte con la autora² la opinión de que "el único efecto que *per se* genera la mora solvendi es la traslación del riesgo al deudor (art.1.096.III C.c.), lo que se consigue

¹ *Vid., La mora del deudor en el Código civil, op.cit., pág.98.*

² *Ibidem.*

mediante la perpetuación de la obligación (art.1.182 C.c.)", pero formulada a la inversa, es decir, el único efecto que se persigue con la constitución en mora es la perpetuatio obligationis o traslación del riesgo al deudor. A la efectiva traslación, atribución o asunción de los riesgos, se le denomina *mora debendi*.

2.- Finalidad de la constitución en mora.

Es común entre nuestros autores la opinión de que la constitución en mora es un retraso culpable en el cumplimiento de la obligación¹. Algunos prescinden en su definición de los juicios de valor del comportamiento y hablan, como se ha visto, de una situación de especial de responsabilidad para el deudor², pero todos ellos discuten los presupuestos necesarios para hablar de mora en el deudor, aunque ninguno ha explicado aún la función que se persigue con este instituto. Quizá, sea más relevante comenzar estableciendo la finalidad que se pretende cubrir con esta institución y a partir de ahí, comenzar ha discutir sus presupuestos y efectos.

Ya se ha estudiado como en las fuentes, la constitución en mora del deudor aparece referida a aquellos supuestos en los que el deudor, habiendo ya incumplido el deber que pesaba sobre él, se vé sorprendido por un caso fortuito que le imposibilita definitivamente el cumplimiento (tardío) de la obligación y en aquellos otros en los que

¹ Vid., GRAMUNT FOMBUENA, *La mora del deudor en el Código civil*, op.cit., pág.9.

² Vid., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.620.

a pesar de no existir un incumplimiento, la pérdida de la cosa debida se debe a un comportamiento doloso del deudor. Se ha estudiado cómo los jurisconsultos romanos idearon una ficción: la *perpetuatio obligationis*, para evitar que, dado el poco alcance que tenían las acciones de Derecho estricto, el obligado quedase liberado de su obligación y de su responsabilidad por la pérdida, destrucción o deterioro de la cosa debida. No era justo, en opinión de los juristas romanos, que el obligado se exonerara de responsabilidad por el acaecimiento de un suceso fortuito toda vez que había incumplido (D.45.1.23), por el sólo hecho de que las acciones requiriesen que la cosa objeto de la prestación subsistiese al tiempo de interponerse la acción.

La finalidad que, a mi juicio, se pretende con la perpetuación de la obligación es la de responsabilizar a los deudores por las imposibilidades sobrevenidas de la prestación cuando éstas tienen lugar tras el incumplimiento de la obligación o cuando realmente la pérdida no es objetivamente fortuita, sino imputable al obligado. Es una regla de imputación de riesgos, cuando la distribución no ha sido previamente llevada a cabo convencional o legalmente. A esta situación jurídica se le denomina "*mora del deudor*" y mantiene una estrecha relación con los incumplimientos temporales o susceptibles de cumplimiento tardío. Pero, al contrario de lo que la mayor parte de la doctrina opina, desde mi perspectiva, sí tiene sentido hablar de mora del deudor cuando el incumplimiento es definitivo. Me explico: Tiene razón de ser, estudiar la *situación de mora en el deudor*, entendida como imputación de los riesgos fortuitos al obligado, pero no como acto de *constitución en mora*, cuando el incumplimiento no es susceptible de un cumplimiento posterior o tardío, porque el propio artículo 1.100 del Código civil prevé este supuesto al establecer las excepciones al requerimiento. En estos casos

también hay mora en el deudor, si se entiende exclusivamente como situación de imputabilidad de los casos fortuitos, pero no es necesaria su previa constitución, porque el deudor ya está incurso en ella antes del incumplimiento. Lo que significa en la práctica que responde de los eventos que hayan imposibilitado al cumplimiento, porque le han sido atribuidos bien por ley, bien por convención o bien porque vienen implícitamente asumidos con la obligación de que se trate. Se preguntará, entonces, ¿cuándo se entiende que el deudor no responde del caso fortuito?. La respuesta adecuada, a mi juicio, es cuando el evento no le sea imputable por ninguna de estas causas, siendo el propio deudor quien debe probar que el suceso impositivo no le es imputable y sí lo es cuando ha asumido convencionalmente el riesgo, se le ha atribuido legal o implícitamente o se le ha traspasado cuando se ha determinado con la efectiva exigencia del crédito por parte del acreedor. Estar en mora (automáticamente o mediante requerimiento) es sinónimo de imputabilidad. El precepto que regula la distribución de los riesgos es de carácter dispositivo y, en consecuencia, las partes, podrán haciendo uso de la autonomía de la voluntad, pactar a este respecto lo que tengan por conveniente. Las normas sobre el reparto de riesgos (art.1.096.II, 1.182 y 1.100), a mi juicio, son de carácter dispositivo y deberán ser aplicadas cuando nada se haya establecido expresamente sobre la materia. La imputación de riesgos, como dice GRAMUNT FOMBUENA¹, se plantea como una cuestión objetiva. Se trata de determinar sobre quién recae el riesgo de la imposibilidad fortuita de la realización de la conducta. Si se imputa el riesgo al acreedor quiere decir que la imposibilidad fortuita del cumplimiento extingue la obligación del deudor, por lo que aquél verá irremediabilmente insatisfecho

¹ *Vid., op.cit., pág.117.*

su derecho de crédito¹. Por el contrario, la imputación del riesgo al deudor supondrá que, a pesar de la imposibilidad de prestar *in natura*, sigue obligado, ya que su obligación se perpetúa debiendo prestar la estimación o valor de la prestación. Pues bien, la solución general al problema que suscita el *periculum obligationis* se alcanza con la aplicación de los artículos 1.096.III, 1.100. 1.105 y 1.182 y siguientes del Código civil.

La sistemática del Código, como ya se ha puesto de manifiesto en alguna ocasión, es clara a este respecto. El artículo 1.100 regulador del instituto de la constitución en mora se encuentra entre los preceptos que regulan los efectos de la responsabilidad obligacional en su conjunto. Se declara, en primer lugar, la ejecución forzosa de las obligaciones, luego los riesgos de los fortuítos y por último, la indemnización de los daños y perjuicios y todos ellos son independientes unos de otros, aunque todos tengan su razón de ser en el incumplimiento de la obligación.

Sea como fuere, lo cierto es que, a mi juicio, ha de entenderse que *incurrir en mora* es estar en aquella situación jurídica que se concreta en la asunción de los riesgos fortuítos. Que los riesgos se asumen bien convencional o bien legalmente y que el ordenamiento establece el momento *desde el cual* ha de entenderse que al deudor le son imputables estos riesgos o que comienzan los efectos de la distribución de los mismos.

Existen tres momentos esenciales en que esta imputación se lleva a cabo. El primero de ellos es el que tiene lugar cuando la imputación por los casos fortuítos se

¹ Aunque podrá ejercitar la facultad de resolución del contrato por la imposibilidad, a tenor del art.1.124 C.c.

origina con el mismo nacimiento de la obligación. En este supuesto se encuentran todos los casos contemplados en el segundo párrafo del artículo 1.100 del Código civil, o lo que es lo mismo, cuando la ley, el pacto o la propia naturaleza de la obligación, expresa en unos casos o inherentemente en otros, hace responder al obligado de los casos fortuitos. Así por ejemplo, cuando la deuda procede de delito o falta, el artículo 1.185 establece la responsabilidad del deudor del pago del precio de la cosa determinada que se hubiere perdido por cualquier causa, o el artículo 1.096 que hace responder de los casos fortuitos al deudor que se hubiese obligado doblemente a entregar una misma cosa a dos o más personas, o el artículo 1.896 sobre el cobro de lo indebido cuando el deudor es de mala fe. El segundo momento al que el ordenamiento conecta la obligación de responder por los casos fortuitos es al que aquí se denomina de rigurosa constitución en mora, que estrictamente contemplada sería la *mora ex persona*. Los supuestos que se deben incluir en él son los que se prevén genéricamente en la norma del primer párrafo del artículo 1.100 que, a mi juicio, hace referencia exclusivamente a las obligaciones con término de cumplimiento inicial, a aquellas otras en las que este término viene implícito, es decir, a las obligaciones quérables y a las obligaciones sin plazo o sin condición.

El gran problema de la mora del deudor es el de concretar el momento en que surge esta situación de "especial responsabilidad" y el momento en que empiezan sus efectos. Establecer el momento en el que nace la obligación no es excesivamente complicado, ya que o bien surge con el negocio constitutivo de la obligación o bien con la exigencia efectiva de la misma. Pero concretar el momento *desde* el que comienza a surtir efectos es lo que, en realidad, regula la norma contenida en el artículo 1.100. El criterio adoptado por el legislador es el del incumplimiento de la obligación. Criterio que

origina problemas de aplicación cuando la obligación es a plazo o condicional, pura o sin plazo y condición y cuando la relación es de carácter sinalagmático con tiempo de cumplimiento no simultáneo.

En el caso de que los riesgos hayan sido previamente imputados, el problema que surge no es el de determinar el momento del incumplimiento, sino el de concretar los supuestos a los que la ley está haciendo referencia. De ellos, de los supuestos de mora automática o *ex re* nos ocuparemos en el siguiente capítulo. De los de constitución en mora mediante interpelación, o *mora ex persona* ya se ha hablado al estudiar el requisito de exigibilidad y vencimiento de las obligaciones, como presupuesto necesario para determinar el incumplimiento obligacional. Pero, ahora, lo que debe centrar la atención de este trabajo es en determinar los requisitos necesarios para la efectividad de la constitución en mora, puesto que la doctrina tradicionalmente viene requiriendo que la obligación sea positiva, exigible, vencida, líquida, incumplida e imputable, además del requisito de la interpelación al cumplimiento por parte del acreedor.

A mi juicio, se han confundido los presupuestos del incumplimiento con los de la constitución en mora, pero ello encuentra su razón de ser en el hecho de que para la inmensa mayoría de los autores, por no decir para la unanimidad de ella, la mora no es otra cosa más que otro tipo de incumplimiento o infracción del derecho de crédito y, en consecuencia, aplican los presupuestos del incumplimiento a la *mora debitoris*. Pero, a mi juicio, si se estudia estrictamente el instituto jurídico de la constitución en mora del deudor hay que afirmar que el único requisito necesario para su efectividad es el del incumplimiento de la obligación de dar o de hacer y, además, siempre y cuando no haya

habido una previa asunción convencional o una previa atribución legal de los riesgos de los casos fortuitos. Es el incumplimiento el único requisito general de la constitución en mora y todos los demás que hasta el momento alegaba la doctrina no son, en mi opinión, otra cosa más que presupuestos del incumplimiento. El vencimiento, la exigibilidad y efectiva exigencia, la liquidez, el retraso o la imputabilidad son requisitos necesarios de la calificación de la no-ejecución (o ejecución defectuosa) como ilícito obligacional. La constitución en mora para desplegar sus efectos sólo necesita del previo incumplimiento y para su determinación, sin duda, hay que recurrir y comprobar la existencia de todos estos criterios que, hasta cierta medida, ya han sido analizados en distintas partes de este trabajo.

II.- REQUISITOS PARA LA EFICACIA DE LA CONSTITUCION EN MORA

El único presupuesto de la constitución en mora que con carácter general ha de ser analizado para afirmar la eficacia de la traslación de los riesgos al deudor es el del incumplimiento de la obligación positiva. Estudiar la liquidez de la obligación, la imputabilidad del incumplimiento al deudor, el vencimiento y la exigibilidad no deja de tener interés si se desea llevar a cabo un estudio riguroso del incumplimiento de las obligaciones, pero no es relevante para hablar estrictamente de la mora del deudor estrictamente. Aquí, se analizarán todos estos requisitos tradicionalmente exigidos por la doctrina y la jurisprudencia para dar eficacia de la *mora debendi*, aunque nuestra convicción es que deben ser estudiados como requisitos integrantes de la calificación

jurídica del incumplimiento. La mora del deudor es un efecto más de la responsabilidad por el incumplimiento y como tal comparte los requisitos esenciales de los demás efectos que éste origina. ¿Cuándo despliega sus efectos la responsabilidad del deudor por el incumplimiento?. Aquí se ha defendido que con el incumplimiento mismo, sin necesidad de requisito alguno añadido. El deudor que incumpla es responsable y deberá soportar las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. El acreedor, se ha dicho, debe probar, en caso de litigio, la existencia de la deuda (art.1.214 C.c.), vencida y exigida, porque si no no habrá ilícito contractual alguno. El deudor, por su parte, tendrá la posibilidad de probar que se vió afectado por un caso fortuito que le hace inimputable (art.1.105 en relación al art.1.1214 C.c.). Esta prueba no es posible llevarla a cabo si por cualquier causa se le ha imputado al deudor el riesgo del caso fortuito.

1.- El carácter positivo de la obligación.

Para que incurran en mora los deudores es necesario, según establece claramente el primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil, que estén *obligados a dar o a hacer alguna cosa*. De su tenor literal se puede afirmar desde este momento que es necesaria la existencia de una obligación positiva vencida. La positividad adquiere carácter esencial para la constitución en mora, puesto que el incumplimiento de una obligación negativa o de no hacer origina el incumplimiento definitivo de la obligación y, en consecuencia, el resarcimiento de los daños y perjuicios causados pero no *perpetua* la obligación. En el epígrafe dedicado a las distintas clases de lesión del derecho de crédito se introdujo un nuevo tipo de infracción del derecho de crédito a la clasificación

tradicional que lleva a cabo la doctrina y se habló de cumplimientos parciales o divisibles, precisamente para explicar el supuesto del incumplimiento de las obligaciones negativas. Se dijo que no es posible hablar de constitución en mora del deudor de una obligación de no hacer, porque no se puede imaginar la finalidad que tendría su inclusión en este supuesto. ¿Qué riesgos fortuitos pueden afectar a un deudor de una obligación negativa?. Se hacía alusión al caso fortuito considerado objetivamente y no a la imputabilidad propia, del acreedor o de un tercero en el incumplimiento. El deudor debe observar un comportamiento negativo o una omisión. Desde el momento en que infringe este comportamiento y en consecuencia *hace* lo que se había comprometido a no hacer, ha incumplido su obligación y no se trata de un incumplimiento temporal, sino definitivo, puesto que no es posible su purgación posterior con un cumplimiento tardío correcto. El hecho de que se trate de una obligación duradera en el tiempo o de tracto sucesivo, significa que el deudor, si el acreedor así lo pretende, continuará obligado en la parte que le resta de cumplir, pero la parte incumplida queda incumplida. DIEZ-PICAZO¹ propugna la revisión de este tema porque cree que no sería difícil configurar la mora en las obligaciones negativas o de no hacer. "La tesis de que no cabe mora en las obligaciones negativas es indiscutible cuando el comportamiento debido, contemplado en el programa de prestación, es la continuación inmodificada de una situación ya existente al constituirse la relación obligatoria. En tales casos, si la situación continúa inmodificada, hay cumplimiento, y se modifica, no hay retraso, sino incumplimiento. Sin embargo, la situación no es la misma cuando el contenido de prestación es un "non facere" del deudor que debe comenzar en un determinado

¹ Vid., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.627.

momento o producirse a partir de él". Para el civilista éste último supuesto, en el que la obligación negativa está sometida a un término inicial de cumplimiento, cabe la posibilidad de constituir en mora al deudor retrasado en la obligación. En realidad, desde la perspectiva que se viene defendiendo en nuestro trabajo, es verdad que para que el deudor de esta obligación se encuentre ilícitamente en la situación de incumplidor, es necesario el requerimiento del acreedor, dado que se trata de una obligación con plazo inicial de cumplimiento y la llegada de ese término únicamente hace devenir exigible el cumplimiento originando el deber y derecho del deudor de cumplir con efectos generales del pago. No hay incumplimiento hasta que el acreedor no exija la prestación al deudor, pero la efectiva exigencia en este caso no equivale a constitución en mora del deudor, puesto que su constitución no tiene sentido alguno: ¿qué riesgos, de carácter estrictamente objetivo, deben de serle trasladados al deudor de una omisión?, ¿cómo puede verse compelido fortuitamente el deudor de una omisión a hacer, a llevar a cabo un comportamiento de actividad, a ejecutar aquello a que se había comprometido de abstenerse?. Si se piensa, como hace DIEZ-PICAZO y la mayor parte de los autores, que la mora del deudor sólo puede darse en los incumplimientos temporales (y para muchos de ellos, sólo en aquellas infracciones temporales relativas a la modalidad del tiempo de cumplimiento y no a la posibilidad de un cumplimiento posterior), se tendrá que admitir la teoría de este civilista, porque efectivamente una obligación negativa sometida a plazo inicial de cumplimiento ha de ser requerida para fijar el momento del incumplimiento, que deberá ser calificado de temporal siempre que el acreedor continúe conservando el interés en el cumplimiento tardío posterior. Dicho requerimiento habrá servido para trasladarle al deudor todos los riesgos fortuitos que puedan afectar a una

correcta y futura prestación, pero ¿qué imposibilidad fortuita, extraña y absoluta, puede impedir a un deudor de una omisión, actuar en contra de lo prometido?.

2.- La exigibilidad y el vencimiento de la obligación.

Estos requisitos generalmente requeridos por la doctrina civilista, a mi juicio, como en reiteradas ocasiones he puesto de manifiesto, no son otra cosa que los elementos necesarios para calificar de ilícito el incumplimiento de la obligación o el no-hacer o no-dar del deudor. Hasta que la obligación no deviene exigible, de nada se puede responsabilizar a la persona del obligado, puesto que a nada estaba obligado por un incumplimiento que no está jurídicamente calificado como tal. Se señala reiteradamente también por la inmensa mayoría de nuestros autores que el deudor que tiene, en determinadas circunstancias, el derecho de no ejecutar la prestación, no lleva a cabo ningún acto lesivo, de manera que no tiene por qué ponerse en marcha las consecuencias de la mora, que presuponen un acto del deudor que sea de alguna manera injusto¹, pero esta afirmación hace alusión a la oposición de las excepciones que tenga el deudor para suspender la eficacia de la interpelación. La máxima romana "*nulla enim intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*", contemplada en las fuentes (D.22.1.32 y 43.1.127), ha sido comunmente aplicada de manera general a todas las obligaciones a plazo, cuando, desde mi punto de vista y tras el estudio realizado de las fuentes, se puede afirmar que la regla ha de ser aplicada únicamente a las obligaciones con término

¹ Vid., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.628.

inicial de cumplimiento y a las puras, puesto que en las demás, el obligado lo está y es responsable de su no-hacer desde que surge llega el término final de cumplimiento. Es en éstas donde adquiere su máxima expresión o relevancia la regla *dies interpellat pro homine* y no en las obligaciones con término inicial, sin término o con condición suspensiva¹. Pero la interpelación o efectiva exigencia del cumplimiento es necesario para determinar el momento en que el deudor incumple y, consecuentemente, comienzan los efectos de la responsabilidad. ¿Cómo se puede hacer responsable a un obligado que sólo lo está a empezar a cumplir?. Si no se exige el cumplimiento, el deudor estará retrasado en la ejecución de la prestación, pero este retraso, como se vió más arriba, no tendrá relevancia para el Derecho, ya que el deudor está legitimado para hacer el pago, con las consecuencias y efectos generales que la ley hace derivar de éste, desde que vence la obligación.

Una vez que el acreedor ha exigido el cumplimiento, bien judicial, bien extrajudicialmente, comienzan los efectos de la mora, es decir, el traslado de los riesgos al deudor, pero también comienzan todos los demás efectos derivados del incumplimiento, la obligación de resarcir los daños, la obligación de llevar a cabo el cumplimiento tardío, o la obligación de soportar una posible resolución del vínculo contractual. El artículo 1.100 establece el momento a partir del cual comienzan los

¹ GARCIA GOYENA al comentar este punto del artículo 1.007 del Proyecto de 1851 confiesa "con franqueza que los motivos de esta disposición, espuestos en los discursos 59 y 62 franceses" no le satisfacen, "al paso que tengo por mas peso los de la citada ley 12 del Código" en la que en las obligaciones a plazo o día cierto, el simple vencimiento de éste bastaba para constituir al deudor en mora (*dies interpellat, citra ullam admonitionem*, ley 12, título 38, libro 8 del Código, y leyes 18 y 35, título 11, Partida 5). "El plazo ó día cierto no suspende la obligacion, sino el pago ó entrega: para esto se pone, y por esto solo dió a entender claramente el acreedor que queria ser pagado cuando se venciese el plazo, ó llegase el día sin necesidad de interpelacion judicial: el acreedor no puede alegar ignorancia". En realidad, de los ejemplos que el comentarista pone a las obligaciones con plazo o sin él, se está refiriendo a términos finales de cumplimiento y no a iniciales o suspensivos.

efectos de la mora y éste no es otro que el momento en que queda fijado el incumplimiento contractual. Sin embargo, el momento elegido por el legislador en otros supuestos especiales es distinto. Así, si las partes han pactado un momento determinado para la asunción de los riesgos será el que convencionalmente hayan establecido. Si el ordenamiento jurídico en algunos casos concretos ordena que los efectos de la mora surjan en un momento determinado, será éste el tenido en cuenta y si de la propia naturaleza de la obligación se deduce que los riesgos fortuitos van implícitos en la asunción de la deuda, no se aplicará la norma del primer párrafo (así por ejemplo, en las obligaciones con plazo final, las de cumplimiento en el domicilio del acreedor o en aquellas otras cuyo contenido presuponga que sólo el obligado conoce cuándo y cómo debe ejecutar la prestación prometida). Existe además un tercer supuesto en el que la norma del Código establece un tercer momento de surgimiento de los efectos de la mora o traslación de los riesgos y es el atinente a las obligaciones recíprocas en las que el legislador ha concretado el momento a partir del cual han de entenderse asumidos los riesgos por el deudor y el momento desde el que comienzan los efectos de tal asunción mediante el criterio del previo cumplimiento de quien desea trasladar los riesgos a la otra parte contratante, se hace depender del momento en el que una de las partes contratantes haya cumplido su obligación. Parece claro que no podrá exigir hasta que la obligación sea exigible, lo que se dará con el vencimiento y la efectiva exigencia de la prestación, pero el hecho de que llegue el término previsto para el cumplimiento y que la otra parte haya sido requerida al cumplimiento, no significa que esa intimación desprenda toda su eficacia, puesto que el deudor requerido dispone de una excepción que le permite enervar o paralizar los efectos de la acción de exigibilidad del acreedor y rehusar la ejecución de la prestación (*exceptio non adimpleti contractus*), y

consecuentemente, los efectos de la mora no pueden comenzar hasta que no se remuevan todos los obstáculos a su exigibilidad.

3.- La liquidez de la deuda. El valor actual de la máxima "*in illiquidis non fit mora*" y su inclusión en el criterio de inimputabilidad del incumplimiento.

La aplicación de la máxima *in illiquidis non fit mora* es, a mi juicio, una de las cuestiones que deben ser revisadas con carácter urgente por nuestra doctrina. No existe, y se afirma desde ya, base legal alguna para sostener este brocardo, como tampoco hay motivos de justicia material o necesidad práctica para seguir sustentando su aplicación, y mucho menos con la rigurosidad con la que hasta el momento se viene interpretando. DIEZ-PICAZO escribía ya en 1966¹ que el concepto de liquidez es un concepto extrañamente falto de claridad y que, aun siendo cierto que nuestro Derecho positivo lo utiliza en algunas ocasiones (*v.gr.*, art.1.196.4º en materia de compensación y art.1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en tema de juicio ejecutivo), no lo es menos que lo hace sin perfilar demasiado la idea, con lo cual probablemente se ha simplificado indebidamente un panorama que puede poseer muchos matices. El civilista complica el panorama sobre la aplicación de este brocardo preguntándose, en primer lugar, si liquidez es efectivamente, tal y como afirma la mayoría de la doctrina, sinónimo de plena determinación de la calidad y cuantía de la deuda y si, en consecuencia, es un presupuesto de la exigibilidad. Aun admitiendo que fuera así, —dice DIEZ-PICAZO—,

¹ *Vid., Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, vol.I, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, 1ª ed, pág.505.

"cabe una gama muy variada de posibilidades entre la plena liquidez y la absoluta iliquidez"¹, que se complica todavía más cuando la prestación debida está formada por un resultado (saldo) de una serie de operaciones. Hay que tener en cuenta, todavía, si la plena determinación del resultado se ha dejado convencionalmente al arbitrio de una de las partes o si exige un ulterior acuerdo entre ellas. Sea como fuere, el autor hace una precisión que, a mi juicio, es necesario poner desde este momento de relieve. "No se trata, por supuesto, de negarle al deudor el derecho de discutir la cuantía, ni el de impugnar la eventual excesividad de lo que el acreedor pretenda, ni tampoco de señalar que la discusión sea un pretexto para retardar más el pago. De lo que se trata es de intentar medir la actitud de un deudor diligente y situar en mora al que no cubra ese standard. La deuda puede ser indeterminada, pero la deuda existe. El que debe algo y no paga nada no obra bien, ni su conducta es ajustada a Derecho. Una impugnación por excesividad de la pretensión del acreedor supone, por hipótesis, un allanamiento a una

¹ Como ejemplos de la diversidad de situaciones pone los siguientes: a) La deuda, según el convenio entre las partes, ha sido fijada en cien unidades. Es el caso más claro de deuda líquida. Lo mismo ocurriría si a dicha cantidad hubiera que sumar otras o restar de ella pagos hechos a cuenta. La necesidad de una sencilla operación aritmética, se ha dicho siempre, no obsta la liquidez. b) La determinación de la deuda pende de una circunstancia futura y exterior a las partes, pero fijada por ellas mismas como criterio de determinabilidad (v.gr., precio al arbitrio de un tercero, precio de cotización en Bolsa en un día por venir). En estos casos la deuda es ilíquida y, además, obviamente, inexigible aún. c) La plena determinación de la deuda pende de la aplicación posible de un criterio de determinabilidad estipulado con anterioridad (v.gr., la aplicación de un índice de estabilización a una prestación cuantitativamente determinada). En este último caso, a juicio de DIEZ-PICAZO, la deuda es ya líquida.

A estos tres supuestos, el autor ha añadido recientemente otros dos (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op.cit., pág.630): d) La prestación debe quedar formada como resultado de una cuenta (saldo). En este caso es preciso distinguir si las partidas estaban ya asentadas en la cuenta con la conformidad de las partes o, por lo menos, sin protesta de ninguna de ellas o si, por el contrario, la formación del saldo exige una previa rendición de la cuenta o una conformidad a la introducción en la cuenta de determinadas partidas. e) La determinación de la prestación sólo puede hacerse mediante un acuerdo de las partes o, subsidiariamente, en virtud de una decisión judicial que supla la falta de tal acuerdo (v.gr., la determinación del montante de una indemnización de daños y perjuicios o el valor de unos honorarios profesionales no se encuentran establecidos de antemano).

parte de la misma y, por lo menos, en esta parte, el deudor está en mora¹.

En este trabajo se niega, como se sabe, la posibilidad de una iliquidez absoluta de la deuda, porque se entiende que es requisito indispensable del contrato que su objeto este determinado o que sea determinable sin necesidad de un ulterior convenio entre las partes contratantes. Según el artículo 1.273 del Código civil *"El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes"*. Es cierto que la norma que establece la esencialidad de este requisito se refiere a las obligaciones que nacen de los contratos, pero hay que ponerla en conexión con otros preceptos del ordenamiento que regulan la indeterminación de las obligaciones. Así, por ejemplo, el artículo 1.167 del Código civil dispone que *"cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior"*, el 1.447 C.c. referente al precio en la compraventa establece que *"Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada. Si ésta no pudiese o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato"* y el 1.448 complementa el anterior cuando dice que *"también se tendrá por cierto el precio en la venta de valores,*

¹ Como dice DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág. 630., la estricta aplicación de la máxima *in illiquidis non fit mora*, tal como la viene llevando a cabo la jurisprudencia del nuestro Tribunal Supremo, produce algún tipo de desazón y no resulta fácil de explicar en aquellos casos en que hay acuerdo de las partes sobre la existencia de la obligación y la discrepancia se produce únicamente en orden a la cuantía. En estos casos, el acreedor es titular de un derecho actual y excluir sin más la mora, por la aplicación de un brocardo, que como todos ellos es una formulación tópica, realizada a través de la generalización de algunos casos concretos, no resulta convincente.

granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto". Del exámen de todas estas normas, y algunas otras que regulan la indeterminación de la obligación, se desprende que no es posible la existencia de una obligación sin que su objeto sea determinado o determinable sin necesidad de un convenio posterior de las partes para fijarlo.

Ya se explicó al tratar el dudoso origen clásico de este brocardo cómo fueron seguramente los justinianeos los que interpolando algunos pasos de las fuentes, generalizaron la regla de que no incurre en mora el deudor que ignora lo que debe: *non potest improbus videri qui ignorat quantum solvere debeat* (D.50,17,99), pero esta regla no hablaba si quiera de la mora, sino que originariamente se refería a la obligada caución pretoria cuando se dudaba en la aplicación de la Ley Falcidia¹, si el legado excedía de la cantidad permitida. Si el legatario por esta incertidumbre actuaba contra el heredero para obtener su legado, el pretor, que no podía suspender el curso de la acción y debiendo, por otro lado, tutelar el interés de heredero por su eventual derecho a la detracción de la cuarta falcidia, imponía al legatario la obligación de restituir el excedente *dolumque malum esse afuturumque* y con este fin le hacía prestar caución. En otros pasajes del Digesto también referentes a los legados y fideicomisos se observa que esta regla no era aplicable en el Derecho Clásico. Es más, en algunos de ellos se ordena que si el acreedor se contenta con la parte líquida y cierta de la deuda, el obligado deberá prestarla sin retardo. Así en D.31, 78 se dice *"qui solidum fideicommissum frustra petebat, herede Falcidiam obiciente, si partem interim solvi sibi desideraverit*

¹ Vid., MONTEL, *La mora del deudore*, op.cit., pág. 207.

neque acceperit, in eam moram passus intellegitur", en consecuencia, el heredero que no paga el fideicomiso incurre en mora e igualmente lo estará el que no acepte la consignación del legado.

Hasta aquí, la incertidumbre acerca del *quantum* de la deuda que se puede afirmar que era desconocida para el Derecho romano clásico. Pasando a la incerteza acerca del *cui debeatur* (la persona del acreedor), que pone denuncia MONTEL¹ a pesar de ser una hipótesis de gran importancia para el estudio de la mora, ha sido descuidada por la mayor parte de los autores que han profundizado por el tema, también debe decirse que es de construcción bizantina. El supuesto contemplado es el de que sean varias las personas que afirmen su derecho de crédito frente al deudor porque habiendo fallecido el originario acreedor, no conozca a sus herederos. Alguno de los autores para resolver este caso exigen que el deudor consigne la cosa debida de tal forma que evita la mora (D.16.3,1; D.22.1,18), otros, que el deudor restituya el objeto a aquel de los pretendientes al mismo que de caución de defenderlo contra el otro y si ninguno de ellos quiere asumir esta obligación, el deudor podrá consignarlo en un templo, hasta que el magistrado se pronuncie sobre la herencia².

En cuanto a la incertidumbre sobre el *an debeatur* o la existencia misma de la obligación no existe en las fuentes paso alguno que demuestre la posibilidad de que se hayan resuelto algún problema sobre él. En todos los casos contemplados de iliquidez

¹ *Ibidem*.

² *Vid.*, el amplio estudio que sobre este tema lleva a cabo MONTEL, *op.cit.*, pág.209 y ss.

ésta hacía referencia al montante de la deuda o a la persona del acreedor, lo que lleva a dudar de la posibilidad real de hablar de un verdadero *an debeatur*. Pero antes de pasar a analizar el estado actual de la aplicación del famoso brocardo, creo conveniente advertir que a pesar de ser una máxima introducida por los compiladores del Derecho justiniano, ésta sólo excusaba de las consecuencias de la mora si la ignorancia si no se debía a *culpa lata*, lo que llevaría a negar, también desde esta perspectiva histórica, la aplicación rigurosa del brocardo como presupuesto de la exigibilidad de la deuda, en todo caso, se trata de un requisito de la imputabilidad de la responsabilidad por el incumplimiento, pero no de la exigibilidad de la obligación.

El interrogante al que necesariamente hay que dar respuesta para resolver el problema del fundamento de la aplicación de la máxima *in illiquidis non fit mora* en nuestro actual Derecho de las obligaciones es: ¿excluye la situación de mora el hecho de que el deudor incumpla porque ignore que debe, a quien debe o cuánto debe?. Comenzando por la ignorancia de la existencia de la obligación, hay que contestar con una duda. El deudor que no sabe que debe, puede o no incurrir en mora. Esto es así, no por la mora en sí, sino porque ante el incumplimiento de la obligación que dice ignorar, el deudor deberá probar que su desconocimiento se debe a una causa que no le es imputable. El error o la ignorancia sobre la existencia de la deuda debe enjuiciarse como posible criterio de exoneración de responsabilidad. Ahora bien, hay que preguntarse si la liquidez, entendida como determinación de la deuda, es requisito de la exigibilidad de la deuda o lo es de la imputabilidad del incumplimiento. Si consideramos, desde el punto de vista práctico, que es un presupuesto necesario para la efectiva exigibilidad de la deuda por parte del acreedor, se estaría beneficiando de manera injusta al deudor,

puesto que hasta que no se determinase enteramente la cuantía de su obligación no vendría obligado al pago. Con ello, además, se incitaría a los deudores a discutir la cuantía de sus deudas para hacerlas jurídicamente ilíquidas y, además de fomentar la litigiosidad, se limitaría el derecho de crédito y se restaría eficacia a las medidas de protección del mismo¹. El Código civil contiene una norma a este respecto que, en mi opinión, no es lo suficientemente aplicada. Se trata del artículo 1.169.2º que dispone que *"cuando la deuda tuviere una parte líquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda"*. Se reconoce en este precepto la posibilidad de ilíquideces parciales de las deudas, pero se ordena su satisfacción en la cantidad líquida cuando así lo haya exigido el acreedor. Ello nos hace afirmar que la liquidez absoluta, entendida como plena determinación de la deuda, no es presupuesto de la exigibilidad de la obligación. Además, en mi opinión, el deudor de una obligación con una parte ilíquida no sólo está legitimado para realizar el pago de

¹ En este sentido la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1992 en la que se puede leer *"en torno al alcance de la regla in illiquidis non fit mora ha de tenerse en cuenta que...si se pretende conceder al acreedor, a quien se debe una cantidad, una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que en su día se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos -frutos civiles o intereses-, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor. En aquellos supuestos en el que puede fácilmente colegirse en la litis la existencia de una deuda en favor del actor y en contra del demandado, no parece injusto que se entienda que la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial"*. Se transcribe esta parte del pronunciamiento no sólo porque esta jurisprudencia ha suavizado el rigor de la aplicación del brocardo, como pone de manifiesto DIEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.631), sino porque interesa destacar que admitiendo que la liquidez es un presupuesto de la exigibilidad de la obligación, no sería posible condenar a los intereses sino desde el incumplimiento, lo que no se daría hasta que se liquidase y concretase el momento en que se entiende que el deudor ha incumplido. Es más idóneo pensar que el un requisito de la imputabilidad, en primer lugar, porque el momento del incumplimiento queda concretado desde que se exige la prestación. En segundo lugar, porque los deudores difícilmente litigarán maliciosamente sobre la cuantía arriesgándose a ser condenado a pagar intereses desde el momento del incumplimiento tomando como valor de la indemnización el día de la demanda. En tercer lugar, porque no demorará el pago de la parte de la deuda que conoce y no discute, porque significa adeudar automáticamente (tratándose de obligaciones pecuniarias) el interés legal del dinero.

ésta (art.1.169.2º C.c.), sino que si el acreedor rechaza injustificadamente el ofrecimiento de este pago, podrá cumplir esa parte de la obligación y liberarse de ella, consignándolo del modo que regulan los artículos 1.176 y siguientes del Código civil e incurriendo el acreedor renuente a recibirlo en *mora creditoris*. El artículo 1.176 del Código es claro en este punto: *"Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida. La consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente o cuando esté incapacitado para recibir el pago en el momento en que deba hacerse, y cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar o se haya extraviado el título de la obligación"*.

Pues bien, admitiendo la posibilidad de una iliquidez parcial o relativa de la obligación, hay que afirmar que si el deudor incumple absolutamente el pago quedará automáticamente constituido en mora en la parte que conoce y que no se discute, salvo que cumpla por uno de los medios reconocidos como idóneos y eficaces por el ordenamiento. En la parte discutida se deberá analizar, no la imputabilidad del incumplimiento al deudor, sino más bien su inimputabilidad. Y se dice ésto porque si efectivamente la liquidez ha de pasar a formar parte de lo que se conoce por imputación del incumplimiento al deudor, es necesario aplicar las reglas generales que hasta el momento se han venido defendiendo y no hacer de especialidades o excepciones en este supuesto. Así, será el deudor incumplidor en esa parte discutida quien deba probar, en primer lugar, la efectiva y razonable liquidez y no la aparente indeterminación de la misma. Si fuera lo contrario se fomentarían los mismos inconvenientes que tendría considerarla presupuesto de la exigibilidad. El establecimiento de la carga de la prueba

en el deudor, como sin duda afirmarían los objetivistas, tiene la principal cualidad de evitar discusiones maliciosas y deliberadas en torno a la liquidez. En segundo lugar, no rompe los esquemas del sistema objetivo de responsabilidad por incumplimiento. Será, por consiguiente, el deudor incumplidor, quien tenga que probar que no le es imputable la incertidumbre parcial acerca de la cuantía de la deuda o sobre la persona del acreedor. Si no aporta la prueba de su inimputabilidad habrá de confirmarse su responsabilidad y su constitución en mora desde el momento del incumplimiento.

4.- La imputación al deudor del incumplimiento.

A mi juicio, tampoco es la imputación un presupuesto para la constitución en mora del deudor, si se entiende ésta como un tipo de infracción del derecho de crédito. Tradicionalmente se discute entre nuestros autores acerca de la necesidad de que el "retraso" sea imputable al deudor para que éste caiga en mora. Un sector más avanzado señala que no debe tratarse este supuesto de incumplimiento de forma distinta a como se hace con los demás. De esta manera, si se afirma que es el caso fortuito contemplado en el artículo 1.105 del Código civil el único límite a la responsabilidad del deudor por incumplimiento, sólo los impedimentos que entren en este concepto de caso fortuito exonerarán al deudor de las consecuencias de la mora.

Como se sabe, en este trabajo se defiende la constitución en mora como una figura independiente dentro del Derecho de obligaciones. No se trata de una infracción del derecho de crédito, sino de un efecto de la infracción del derecho de crédito. La

mora del deudor es aquella situación en la que se encuentra el deudor incumplidor por el hecho de serlo. Con la mora de deudor se alcanza la *perpetuatio obligationis* o traslación de los riesgos fortuitos al deudor. Pero, ésta situación de especial responsabilidad puede darse con la determinación del incumplimiento o con anterioridad (al igual que, a mi juicio, puede pactarse algo distinto). En consecuencia, se deben analizar dos hipótesis por separado para ver hasta qué punto la imputabilidad del deudor en el incumplimiento es o no un requisito para hablar de la constitución en mora del deudor.

En aquellos supuestos, contemplados en el primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil, en los que no ha existido una previa distribución convencional o atribución legal de los casos fortuitos anterior a la concreción del incumplimiento, se debe afirmar que la imputabilidad sí es presupuesto para que la mora despliegue sus efectos. Si el deudor prueba que la imposibilidad sobrevenida que le impidió la realización tempestiva de la prestación fué causada por un caso fortuito, la traslación de los riesgos que ha tenido lugar con la exigencia de la obligación será ineficaz, puesto que la obligación quedará extinguida. Pero, si hubo una previa distribución de los riesgos y es el deudor quien los ha asumido, sólo podrá probar que el incumplimiento le es imputable al acreedor o a un tercero del que no debe responder. La mora tendrá efectos desde el momento mismo del incumplimiento, puesto que así se ha pactado o ha sido convencionalmente previsto y el deudor, consecuentemente, no se exonerará por caso fortuito.

5.- La interpelación del acreedor exigiendo el cumplimiento de la obligación.

Este requisito se puede decir que sí lo es de la constitución en mora, siempre y cuando no se encuentre exceptuado en alguno de los supuestos del segundo párrafo del artículo 1.100 del Código civil. El propio párrafo primero del precepto especifica el contenido de la interpelación y la forma en que debe ser realizada. Dice *desde que el acreedor exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación* y acto seguido aparece de denominación de este acto: *"No será, sin embargo, necesaria la intimación."* Pero, en este trabajo se defiende que, en realidad, la interpelación es un presupuesto necesario para la determinación del incumplimiento, para calificar de ilícita la infracción del deudor y ello sólo adquiere sentido en las obligaciones donde vencimiento y exigibilidad no van unidas, es decir en las obligaciones con plazo inicial de cumplimiento, puras o sometidas a condición suspensiva. La efectiva exigencia de la deuda es requisito del incumplimiento obligacional, puesto que hasta que no se solicite el cumplimiento, el deudor sólo tiene la obligación de "comenzar" a cumplir. Tradicionalmente se viene afirmando lo contrario, es decir, que el simple vencimiento del plazo da lugar a la *mora debendi*, sin necesidad de acto alguno de reclamación por parte del acreedor (*dies interpellat pro homine*), lo cual cuadra mal con la afirmación por parte de estos mismos autores de que el término inicial es el momento que marca el comienzo de la relación obligatoria. Desde este punto de vista puede hablarse de unas relaciones obligatorias de eficacia inmediata, cuando su entrada en vigor se produce en el momento mismo de su constitución y de unas relaciones obligatorias aplazadas,

cuando el momento de su entrada en vigor es posterior al de su constitución¹. En estas últimas, como explica DIEZ-PICAZO², la doctrina discute si existe o no la obligación antes de la llegada del término, pero unánimemente está de acuerdo en afirmar que el ejercicio de crédito no puede ser ejercitado hasta la llegada del *dies*. No se posea acción para exigir el cumplimiento o se posea pero con su ejercicio suspendido lo cierto es que es necesario que venza el plazo para que el derecho se actualice. Una vez que esto ocurra el acreedor deberá ejercitar las acciones tendentes a la satisfacción de su derecho de crédito y al hacerlo fijará el momento del incumplimiento y de la constitución en mora del deudor, de tal forma que si el cumplimiento deviene fortuita y posteriormente imposible le será imputado al deudor incumplidor.

Pero el problema, a mi juicio, no lo presentan las obligaciones a plazo inicial y ni siquiera las de plazo final o resolutorio en las que la expiración del término da lugar automáticamente, salvo prórroga convencional, al incumplimiento del contrato, sino en lo que se conoce por obligaciones puras o sin plazo, de las que tradicionalmente se viene predicando su exigibilidad inmediata. Con la constitución de la obligación nace la facultad de exigir la deuda, pero ¿ha de entenderse también que ha sido exigida o, por el contrario, necesita del requisito de la interpelación para la constitución en mora del deudor y la fijación del incumplimiento como ilícito obligacional?, ¿se aplica a las obligaciones puras la máxima *dies interpellat pro homine* o esta regla se excluye en este tipo de obligaciones?. Si el concepto de obligación pura se conecta con la misma

¹ Vid., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.325.4

² *Ibidem*.

función que tenía el término inicial de cumplimiento, habrá que afirmar que en este tipo de obligaciones su constitución equivale a su vencimiento, es decir, desde el mismo momento en que nace la obligación, nace la obligación de cumplirla y, en consecuencia, será necesaria la interpelación no sólo por el efecto que tiene de fijar el momento desde que surgen los efectos de la mora, sino desde que, de manera general, surgen los del incumplimiento. El hecho de la llegada instantánea del vencimiento significa que el deudor puede comenzar a cumplir inmediatamente sin esperar la llegada de ningún plazo, con los efectos normales del pago, y que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento. De lo contrario, se llegaría casi a afirmar que la obligación en el momento que nace queda incumplida. Por lo tanto, cumplir con el requisito de la interpelación es necesario, de manera general, tanto en las obligaciones con término inicial o condición suspensiva, como en las puras. Si ésto es así, se puede preguntar ¿cuándo no es necesaria la interpelación para la constitución en mora? A lo que se deberá contestar haciendo un análisis de los supuestos contemplados en el párrafo segundo del artículo 1.100, así como de todos aquellos en los que la ley ha traspasado al deudor los riesgos de los casos fortuitos.

En cuanto a la naturaleza de la intimación se comparte con la unanimidad de la doctrina que se trata de una declaración de voluntad unilateral y recepticia dirigida por el acreedor al deudor o a una persona legitimada para recibirla. Se trata de un acto en el cual se valora una modificación o alteración de una situación jurídica anterior, mediante una declaración de voluntad, en el cual se tiene en cuenta la voluntad de producir la modificación, si bien los efectos se consideran producidos y configurados *ex lege*, es decir, que no podrán quedar al arbitrio del declarante.

La forma de llevar a cabo la interpelación o exigencia de la deuda por parte del acreedor es libre, puesto que el ordenamiento admite tanto la forma judicial como la extrajudicial. El contenido de la interpelación ha de ser el suficiente que cubra la finalidad que se propone con su exigencia legal, es decir, que sea lo suficientemente expresiva de la exigencia del cumplimiento por parte del acreedor. En este sentido, hay que negarle eficacia y validez a aquellas notificaciones extrajudiciales que realice el acreedor informando o recordando la deuda. Ha de ser efectivamente exigida. Pero, creemos que en el fondo será una cuestión de prueba, que atañerá al acreedor, el determinar que llevó a cabo la interpelación, en la fecha que alega haberla hecho.

III.- LA CONSTITUCION EN MORA AUTOMATICA DEL DEUDOR

Sin duda alguna el tema que ahora se afronta es el más complejo de todos los que hasta el momento se han estudiado. Los supuestos de exoneración del requisito de la interpelación son demasiado heterogéneos como para intentar encontrar un fundamento común o nexo de causalidad entre ellos. A pesar de las dificultades de interpretación a que da lugar esta norma, hay una afirmación que parece correcta: el fundamento de exoneración del primer supuesto del artículo 1.100 del Código civil es distinto que el del segundo y ello, no sólo porque en su redacción vienen claramente diferenciados por una enumeración, sino por su propio contenido. El primero, que es el menos discutido por la doctrina, hace referencia a la ley y a la obligación, y el segundo a la naturaleza y circunstancias en que se contrajo la misma.

1.- La finalidad de la mora *ex re* o automática.

Una vez más, hay que recurrir al espíritu y finalidad de esta norma para intentar interpretarla correctamente. ¿Por qué el ordenamiento establece que no es necesaria la exigencia de la deuda para que el deudor se entienda constituido en mora?, ¿desde qué momento se debe entender qué corre con los riesgos de los casos fortuitos?. Los interrogantes tradicionales hacen alusión siempre al requisito de la interpelación o requerimiento, pero aquí se prefiere hablar del contenido de ese acto, porque al fin y al cabo se trata de la exigencia del cumplimiento por parte del acreedor. Para averiguar la causa que ha guiado al legislador a admitir que existen supuestos en los que el acreedor no tiene que exigir el cumplimiento es indispensable recurrir de nuevo al Derecho histórico y al comparado.

Se recordará que al estudiar el origen de la mora en el Derecho romano¹ se puso de manifiesto que la mayor parte de los autores posteriores al Derecho clásico interpretaron de manera incorrecta dos de los pasajes del Digesto en el que aparece la *intepellatio* como forma de constitución en mora. La primera exégesis incorrecta que se cometió, a juicio de la mayor parte de los romanistas estudiosos de este tema, fue el referente a las obligaciones naturales. Así el *fr.88, D.50,17* establece que "no puede considerarse que hay mora cuando no hay acción para reclamar la deuda (*nulla enim intellegitur mora fieri ubi nulla petitio est*). El fiador sólo se obliga a poder ser demandado en vida del esclavo y, luego, a responder por su propia mora", y el *fr.127,*

¹ *vid. pág.63.*

D.45,1 que traía su origen de éste (ambos pertenecientes al Libro 5 de las *Quaestiones de SCAEVOLA*), aplicando esta regla decía: "Si un pupilo promete el esclavo Estico, sin la autoridad de su tutor, y ha dado un fiador, pero el esclavo muere después de incurrir en mora el pupilo, tampoco quedará obligado el fiador por la mora del pupilo, pues no puede considerarse que hay mora cuando no hay acción (*petitio*) para reclamar la deuda". Los exégetas del Derecho Común no advirtiendo que el origen de este paso se encontraba en el primero que se ha incluido, lo interpretaron en el sentido de que la mora exige siempre la interpelación por parte del acreedor (*petitio*), cuando, en realidad, el paso hacía referencia a las obligaciones naturales y el término *petitio* no alude a la interpelación sino a la acción para reclamar. JUSTINIANO atribuiría a este pasaje un carácter general y pasaría a la codificación como regla de necesaria observancia para la constitución en mora.

El segundo pasaje interpolado y convertido en regla general es el que ya tantas veces se ha citado en este trabajo y de una importancia extraordinaria en este punto. En D.22,1,fr.32 fr. se puede leer: "*Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est si interpellatus oportuno loco non solverit*". De este pasaje viene deduciendo la doctrina tradicional que ya en el Derecho romano clásico existían dos tipos diversos de constitución en mora: *ex re* y *ex persona* y que ésta última es la que exige la *interpellatio*. Sin embargo, algunos autores¹ que han estudiado a fondo este paso han puesto de manifiesto dos ideas que a mi juicio merecen ser recordadas. La primera de ellas, es que cuando se utiliza la expresión "*id est*" en el Digesto, se hace a modo de

¹ Vid. pág.68 y ss. de este estudio.

ejemplo y no de definición y, en consecuencia, este término debe interpretarse en este pasaje como "*por ejemplo*, si el deudor requerido no hubiera pagado en el lugar y tiempo oportuno.." y no como "*es decir*, si interpelado...". La interpelación pasaría a ser uno de los modos de constitución en mora, pero no el único, ni el general. Pero es que, además, éste pasaje continúa dejando al arbitrio del Juez la difícil valoración jurídica de la mora. Si sólo se requiriese la *interpellatio* no sería necesaria esta valoración judicial, porque el problema no sería de tan difícil solución, como escribía Pomponio.

En segundo lugar hay que tener en cuenta que la clasificación establecida en este pasaje entre la mora *ex re* y la mora *ex persona* no hace alusión al requisito de la interpelación, puesto que ésta no es necesaria, aunque puede darse, sino que alude a los elementos subjetivos y objetivos del incumplimiento. La mora *ex persona* haría referencia al comportamiento seguido por el deudor en el incumplimiento, a su imputabilidad, mientras que la mora *ex re* aludiría a aquella que tiene lugar o que tiene su fundamento en el incumplimiento mismo de la obligación. El pasaje dice que la mora no tiene lugar *ex re*, sino *ex persona*, por consiguiente, parece requerir que el incumplimiento le sea imputable al deudor, pero este requisito no alude a la culpabilidad, sino más bien a la exigibilidad de la obligación. El deudor debe conocer, debe existir una justa causa por la que deba saber que ha llegado el tiempo del cumplimiento¹, y un modo o una justa causa del conocimiento es la interpelación del acreedor hecha en el momento oportuno.

¹ Son numerosísimos los pasos del Digesto que explican este requisito. Entre otros se pueden extraer, D.12,1,5: "*cum quaeratur an per te factum sit, animadverti debet...si aliqua iusta causa sit propter quam intelligere deberes te dare oportere*" y D.45, 1, 49: "*si promissor hominis ante diem in quem promiserat interpellatus sit et servus decesserit, non videtur per eum stetisse*", del que se deduce que la interpelación realizada antes del vencimiento de la obligación no constituye en mora al deudor y, en consecuencia, no responde de la muerte fortuita del esclavo.

Lo que se quería recordar antes de entrar a pasar a estudiar los supuestos de mora automática en el Derecho actual es que ni la *interpellatio* fué originariamente un requisito esencial de la mora del deudor, ni existía una bipartición de moras. La mora *ex re* o *in re* hacía referencia al objeto de la obligación y la mora *ex persona* a la imputabilidad del incumplimiento al deudor.

Pues bien, en la inmensa mayoría de los Códigos actuales, se establece una regulación diferente de la *perpetuatio obligationis* que tiene lugar mediante la constitución en mora, según se trate de un supuesto o de otro. Existen casos que de modo general no necesitan del previo requerimiento del acreedor o la previa "constitución en mora" para entender que el deudor corre con los riesgos de los casos fortuitos. En nuestro Código se establecen dos supuestos: 1º) Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente; y 2º) Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que debía entregarse la cosa o hacerse el servicio, fué motivo determinante para establecer la obligación. Ambos casos aparecen claramente diferenciados por el legislador a través de su numeración y, en consecuencia, hay que pensar que no existe ninguna conexión entre ambos. Los fundamentos que han guiado al legislador a exonerarlos del requisito de la exigencia de la obligación son distintos, pero la pregunta es ¿por qué?.

En mi opinión, el motivo que guía en la codificación a establecer estas excepciones se encuentra en tres razones diferentes: la primera es el propio contenido de la obligación, es decir, cuando la ley traspasa los riesgos al deudor por el sólo hecho de serlo, lo hace atendiendo a la naturaleza de la obligación y al comportamiento del

obligado, en este sentido, son muchos los preceptos del Código en los que al obligado se le impone por fuerza de ley, la obligación de responder de los casos fortuitos (art.1.096.III, 1.105 *pr.*, que los contempla de modo general, 1.986, 1.185, 1.488). En segundo lugar, cuando se permite que las partes libre y voluntariamente asuman obligaciones, se está permitiendo que autorregulen sus propios intereses y la relación jurídica obligacional a la que se vinculan, es decir, se acoge como una expresión más del principio de la autonomía privada (art.1.255 y 1.258). Y, en tercer y último lugar, existen algunas obligaciones que se asumen con la "condición" de que sean cumplidas en un cierto momento y de una cierta forma que sólo el deudor, por sus cualidades personales, profesionales o por la propia entidad de la prestación sólo él sabe cuándo y cómo deben ser cumplidas, además, en ellas el término previsto por las partes posee la naturaleza de *adiectio diei solutionis causa*, aunque no se haya determinado expresamente en el contrato. No es necesaria la existencia de un pacto expreso previo, entre los contratantes, para entender que determinados riesgos fortuitos vienen implícitamente asumidos con la asunción misma de la obligación. En todos ellos, no es necesaria la "previa constitución en mora" del deudor, porque éste ya está, por decirlo de alguna manera, incurso en ella.

Se puede adelantar la siguiente idea: en el primer número del segundo párrafo del artículo 1.100, si el deudor, legal o convencional y expresamente, ha asumido los riesgos de los casos fortuitos, carece de sentido exigir otro acto para hacerle responder de su efectivo acaccimiento, además, hay que añadirle el caso de que las partes hayan pactado expresamente que la llegada del término sea suficiente para traspasarle todos los riesgos al deudor. En lo que se refiere al segundo número, no se puede pedir la

exigencia de la obligación cuando el término implícito fijado por las partes para la realización de la prestación era final o poseía el carácter de *adiectio solutionis causa*, puesto que su llegada supone el incumplimiento, sin necesidad de recurrir a criterio alguno de determinación del momento en que debe empezar a surtir efectos el ilícito civil. A partir del vencimiento del término final, el deudor habrá incumplido y, en consecuencia, se le habrán traspasado los riesgos de los casos fortuitos. Pero además, existen casos en los que a pesar de no haberse pactado término final alguno éste debe deducirse y entenderse que a partir de ese momento, el deudor asume los riesgos por el incumplimiento, dado que sólo él conoce cuándo y cómo debe ser ejecutada la prestación para no dejarla sometida a riesgos inútiles.

En definitiva, se puede decir, que el legislador fija, con carácter general, el momento a partir del cual deben empezar a surtir efecto las consecuencias que se derivan del incumplimiento de las obligaciones contraídas y que la fijación de este momento sólo origina problemas cuando la obligación está sometida a plazo inicial o a condición suspensiva de cumplimiento o cuando, por el contrario, no está sujeta a plazo alguno de cumplimiento. En todos los demás supuestos, referentes al tiempo de cumplimiento, no existe problema alguno en concretar el incumplimiento obligacional y, en consecuencia, será a partir de él cuando surta efectos la responsabilidad contractual en toda su extensión. El criterio utilizado en estos casos es el del incumplimiento. Pero, además, excluye de la previa exigencia de la obligación por parte del acreedor para entender que el deudor corre con los riesgos de los casos fortuitos en todos aquellos casos en los que ya los había asumido convencionalmente o le habían sido atribuidos legalmente. El criterio acogido en estos supuestos es el del carácter imperativo de la ley,

en el primer caso, y el de la autonomía de la voluntad y el correspondiente *pacta sunt servanda* reconocido en el artículo 1.258 del Código civil.

2.- Análisis de los supuestos en los que la constitución en mora se verifica automáticamente.

Aunque el segundo párrafo del artículo 1.100 del Código civil haga únicamente referencia a dos excepciones a la constitución en mora mediante interpelación, están redactados a título ejemplificativo, es decir, en cada uno de ellos, se pueden incluir distintos casos en los que ha de entenderse que el deudor corre con los casos fortuitos o está incurso en mora. Las excepciones contemplan los criterios que ha tenido en cuenta el legislador para que de manera general se excluya este requisito. El primer criterio, ya se ha dicho, es el legal y lo integrarían todos aquellos casos concretos en los que la ley imponga al deudor la obligación de asumir los riesgos sobrevenidos fortuitamente. El siguiente criterio es el de la autonomía de la voluntad, en el que se deben incluir todos los pactos que sobre los riesgos y el momento a partir del cual se entienden distribuidos hayan convenido las partes contratantes en el momento de constitución de la obligación o en uno posterior. El tercer criterio es el de la propia naturaleza de la obligación que se asume, tanto en lo referente a su circunstancias de lugar y tiempo, como al del objeto de la obligación.

a) La voluntad de la ley y la voluntad de las partes.

Dispone el precepto estudiado, en primer lugar, que no es necesario cumplir con el requisito de la intimación para que se entienda que la mora existe cuando la ley lo declare así expresamente. Pero el interrogante que surge de la lectura de esta norma es la de saber si la declaración que debe hacer la ley es la de que no es necesaria la interpelación, la de que la mora existe o la de que se producen los efectos que se persiguen con la constitución en mora, sin necesidad de ésta. En este trabajo, como se sabe, se defiende esta última idea. La mención expresa que debe encontrar en la ley es la del traspaso de los riesgos fortuitos sin necesidad de acto alguno. En consecuencia, en todas aquellas normas en las que el ordenamiento realice una atribución de los riesgos se estará haciendo una excepción a la necesidad de la previa exigencia de la prestación por parte del acreedor.

GRAMUNT FOMBUENA¹ ha llevado a cabo un detallado estudio de todas aquellas normas que tradicionalmente viene invocando la doctrina como supuestos de mora por disposición de la ley. Estos son, entre otros, los artículos 1.682.1º, 284, 1.100 *in fine*, 1.724, 1.744, 1.770.2º y 1.896 todos ellos del Código civil. La autora después de un análisis de los preceptos llega a la conclusión de que únicamente el artículo 284 y 1.682.1º del Código responden a la idea de mora, porque los demás o bien requieren la previa interpelación o el motivo de su consideración como mora *ex re* se desprende de la sanción (*sic*) que el Código civil impone a determinadas conductas.

¹ Vid., *La constitución en mora en el Código civil*, *op.cit.*, pág.57.

El artículo 1.682.1º establece que *"el socio que se ha obligado a aportar una suma de dinero y no la ha aportado, es de derecho deudor de los intereses desde el día en que debió aportarla, sin perjuicio de indemnizar los demás daños que hubiese causado"*. Se comparte con la autora la opinión de que se trata de un supuesto de mora automática, puesto que el acreedor (en este caso la sociedad) tiene derecho a los frutos (los intereses son frutos civiles), desde que nace la obligación de entregarla, a tenor de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1.095, dado que el simple vencimiento del término pactado, hace devenir actual el deber de entregar y la posibilidad de exigir. La exigencia efectiva en vez de tener lugar por la voluntad del acreedor se "suple" por la voluntad de la ley. Sin embargo, no se está de acuerdo con la razón que esgrime la autora acerca de la naturaleza que tienen los intereses a los que hace referencia el precepto. Se devengan automáticamente los compensatorios o retributivos, puesto que la norma diferencia claramente los intereses a que da lugar el simple uso y goce de la cosa a los que se derivan del incumplimiento. La expresión *"sin perjuicio de indemnizar los demás daños causados"* alude a los intereses estrictamente moratorios y a todos aquellos causados por el incumplimiento retrasado de esta obligación pecuniaria.

En cuanto al artículo 284 regulador del saldo de la cuenta general que está obligado a realizar el tutor cuando cesa en sus funciones (art.279) hay que decir, ante todo, que se trata de un supuesto complejo, puesto que si bien el 284 hace devengar automáticamente el interés legal desde la aprobación de la cuenta ésta regla sólo se aplica a aquellos casos en que el saldo resultante de la cuenta es en contra del deudor, ya que si es a su favor, se devenga desde que el que estuvo sometido a tutela sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes, es decir, desde que el tutor-

acreedor del saldo constituya en mora al que fué su pupilo. En mi opinión, efectivamente tiene razón GRAMUNT FOMBUENA¹ al estimar que se trata de otro supuesto de mora automática o *ex re* del tutor, pero, a mi juicio, es porque es el mismo tutor quien está obligado a rendir la cuenta general justificada de su administración ante la autoridad judicial y, en consecuencia, él conoce objetiva, además de judicialmente, el momento en que existe ya el saldo definitivo aprobado (art.280 C.c.) y el momento en que el saldo produce interés.

También ha sido objeto de estudio el artículo 1.896 del Código civil sobre el cobro de lo indebido. De este supuesto ya se habló al tratar la posibilidad de aplicarlo analógicamente al deudor que estando en mora sufre la pérdida fortuita de la cosa debida. Establece el precepto que *"El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere. Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido con cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre"*. La finalidad de estas normas no se puede llegar a entender si no se tiene en cuenta, antes de nada, lo dispuesto en el primer artículo que regula este instituto (art.1895 C.c.): *"Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla"* y, consiguientemente, se sea deudor de buena o mala fe se está obligado desde el momento en que se ha cobrado a restituirla con los frutos e intereses, que en este estudio se vienen denominando retributivos o compensatorios

¹ *Ibidem.*

(art.1.095). Sin embargo, hay que hacer notar que únicamente es al deudor de mala fe, que se encuentra automáticamente en mora, se le hace responder de los menoscabos que sufra la cosa cualquiera que sea su causa hasta que la entregue al acreedor. Al de buena fe, por su parte, también se le hace responder automáticamente de los menoscabos² fortuitos pero sólo en lo que se hubiera enriquecido (art.1.987). Los efectos de la traslación de los riesgos o constitución en mora automática que tiene lugar por el hecho de poseer algo a lo que no se tiene derecho, son distintos según se trate de un deudor de buena o de mala fe, pero a ambos se les atribuye *ipso iure* la obligación de responder por los fortuitos. La diferencia entre estos dos supuestos es que el deudor de buena fe sólo responde en cuanto se enriqueció y el de mala fe responde enteramente salvo que pruebe que el caso fortuito hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó. A juicio de GRAMUNT FOMBUENA¹, la obligación de restituir surge de la conducta ilícita del deudor y desde el mismo instante en que nace se producen sus efectos, que se concretan en dos tipos diferentes de sanciones: por un lado, el abono de intereses y la restitución de frutos y, por otro, la responsabilidad del deudor por la pérdida fortuita de la cosa. La norma de responsabilidad por caso fortuito que contiene el artículo 1.896.2º se origina, según dice la autora, por la propia situación ilícita en que se halla el deudor respecto de la cosa cuando sobreviene el caso fortuito, por lo que ni tan siquiera puede decirse que el caso fortuito sea el fundamento de responsabilidad en aplicación del art.1.105 C.c., sino que éste es sólo la causa material de los daños, siendo la situación ilícita (la mala fe en el cobro) el verdadero fundamento de responsabilidad. La autora reconoce que tanto al

¹ *Ibidem.*

deudor de buena fe como al de mala fe se le impone la obligación de restituir la cosa con sus frutos e intereses, pero establece la diferencia de tratamiento entre uno y otro explicando que los intereses que debe el deudor de buena fe son los distributivos o compensatorios, reconociendo que no se trata de una sanción y que sólo está obligado a restituir los percibidos, mientras que al deudor de mala fe se le debe aplicar analógicamente la regla del art.455 C.c. sobre el poseedor de mala fe y obligarle, de este modo, a restituir también los que hubiera debido percibir el acreedor. Así, los intereses que debe el deudor de mala fe son intereses moratorios, mientras que al de buena fe únicamente se le pretende mantener en la situación que tendría si no hubiera realizado el pago por error.

En mi opinión, hay que diferenciar dos finalidades distintas que cubre la regulación de este instituto. En primer lugar y es cierto se establece la incursión automática en mora del deudor que, independientemente del comportamiento que haya tenido al recibir la cosa, ha aceptado un cobro indebido. Basta el hecho de que sea indebido, para que surja la obligación de restitución. La restitución consiste en la entrega de la cosa y de sus frutos e intereses. En segundo lugar, el hecho de que se le haya impuesto a ambos *ope legis* la obligación de responder de los casos fortuitos significa que si la cosa se menoscaba, altera o pierde no podrán exonerarse de responsabilidad, puesto que responden también por estos sucesos. La diferencia entre ambos, como ocurre de modo general entre un deudor doloso y uno no doloso, es que el primero responderá en caso de sobrevenir el evento de todos los menoscabos que la cosa haya sufrido y de los perjuicios que se le hayan irrogado al acreedor, mientras que el deudor de buena fe responderá sólo en cuanto se hubiera enriquecido por las pérdidas y desmejoras. Ambos

responden de los fortuitos, porque se le ha atribuido automáticamente esta responsabilidad, pero a uno más ampliamente que al otro. Al deudor de mala fe, que responde de todos los perjuicios que se sufran *"por cualquier causa"*, se le permite aportar la prueba de que el deudor hubiera sufrido los mismos daños de haberse encontrado la cosa en poder de su poseedor.

El tercer precepto que generalmente se viene contemplando como un supuesto de mora automática es el 1.185 del Código civil: *"Cuando la deuda de cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, y cualquiera que hubiese sido el motivo de su pérdida, a menos que ofrecida por él la cosa al que la debía recibir, éste se hubiese, sin razón, negado a aceptarla"*. Se trata de lo que desde antiguo se viene conociendo como la mora del ladrón, que ya estaba contemplada en el Digesto, 13, 1, 8 : *semper enim mora facere videtur* y que se extiende a todas las obligaciones derivadas de delito y falta. Este es uno de los casos en los que más claramente se vé la superflualidad de la exigencia por parte del *acreedor* de la obligación, para que se entienda que el deudor corre con los riesgos que puedan sobreenvenidamente afectar a la cosa que debe restituir. Pero hay que tener en cuenta que la situación de especial responsabilidad en que se encuentra este deudor cesa con la *mora creditoris*. Es el único criterio de purgación de la responsabilidad que tiene en cuenta el legislador para exonerar al deudor de una cosa ilícitamente sustraída. La justificación seguramente se encuentra en el enriquecimiento injustificado que obtendría el acreedor en caso de que la cosa se pierda destruya o deteriore estando en poder del deudor y habiéndose éste negado injustamente a recibirla.

Finalmente, se debe estudiar, aunque podrían analizarse muchos otros supuestos en los que la traslación de los fortuitos se lleva a cabo por voluntad expresa de la ley, el supuesto contemplado en el artículo 63 del Código de Comercio, puesto que la unanimidad de la doctrina lo pone como ejemplo claro de mora automática *ex lege*, ya que –según dicen– en las obligaciones mercantiles con el vencimiento del término fijado para el cumplimiento, la mora se verifica siempre *ex re* sin necesidad de intimación del acreedor.

Si uno lee detenidamente el artículo 63 del Código de Comercio, que se incluye en el Título IV, del Libro Primero sobre las *disposiciones generales de los contratos de comercio*, la contradicción con lo que es ya doctrina tradicional es inmediata. Establece el precepto: "*Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán: 1ª) En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento; 2ª) en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de los daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Notario u otro oficial público autorizado para admitirla*". ¿Por qué se dice que causa extrañeza que tradicionalmente se venga diciendo que la mora en las obligaciones mercantiles es automática o sin necesidad de interpelación?, porque sólo es automática en las obligaciones que tienen un plazo de cumplimiento fijado legal o convencionalmente, el resto necesariamente han de ir precedidas por una interpelación judicial u oficial (ni siquiera extrajudicial en sentido amplio). Además, es dudosa la naturaleza del término de cumplimiento a que hace referencia el primer número del artículo: si es a un término inicial, el deudor no habría incumplido estrictamente y se

le estaría atribuyendo la responsabilidad por caso fortuito por un retraso que no es relevante, puesto que no se puede configurar como ilícito contractual. La obligación llegado el término deviene exigible, y el deudor tiene el deber y el derecho de cumplir con las consecuencias generales del pago. Aún así, al hablar de los efectos de la morosidad puede aludir al retraso y no a la mora, en cuyo caso estaría contemplando únicamente una de las infracciones del derecho de crédito (la atinente al retraso) y no las demás, que no serían susceptibles de constitución en mora. Por otro lado, puede referirse al plazo final de cumplimiento, en cuyo caso el vencimiento equivale a incumplimiento y, si como el deudor puede pagar todo el día del vencimiento, los efectos del incumplimiento ya verificado comenzarían al día siguiente. La tercera hipótesis posible de interpretación, sería la de que las partes hubieran pactado o la ley prevea que con el simple vencimiento del plazo, tenga éste la naturaleza que tenga, se entenderán trasladados los riesgos fortuitos, sin necesidad de ulterior requisito. En mi opinión, es esta la interpretación más acorde con las necesidades prácticas que intentan cubrir las disposiciones del Código de Comercio, pero ¿qué ocurre con las obligaciones en las que no se ha previsto un plazo de vencimiento y que según el segundo número del artículo 63 del Código requieren la interpelación del acreedor?, ¿es que no deben gozar de las mismas *prerrogativas* que las aplazadas?. ¿No son inmediatamente exigibles?. Pues bien, es en este punto en el que el extrañeza de la regulación de los efectos de la mora, ya introducida en el Código de Comercio de 1829, adquiere su máxima expresión. El artículo 62 del Código dispone que: *"las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este Código, serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato, si llevaren aparejada ejecución"*. La doctrina mayoritaria viene

interpretando esta norma en el sentido de que concreta el momento de incumplimiento de la obligación mercantil, es decir, exigibilidad y exigencia son sinónimos. La consecuencia de esta interpretación sería que todas las obligaciones mercantiles son obligaciones con plazo señalado para su cumplimiento, bien sea convencional, ya legal, puesto que cuando nada han previsto los contratantes y la regulación específica de cada contrato tampoco dice nada, existe la regla general del artículo 62 que establece un plazo de diez días o de uno, después de contraída la obligación para su cumplimiento, dependiendo del tipo de acción que se deba ejercitar¹, transcurrido el cual la obligación habrá de entenderse incumplida, al deudor automáticamente constituido en mora, con todos los demás efectos que se derivan de la responsabilidad por incumplimiento. Si ésto es así, la previsión del segundo número del artículo 63 es inútil. No tiene sentido regular los efectos de las obligaciones sin plazo (y además, haber previsto las que tienen plazo legal y no sólo convencional), si todas bien legal, bien convencionalmente tienen un plazo de cumplimiento previsto. En mi opinión, el Código de Comercio está solucionando un problema que desde antiguo se discutía en la doctrina y es el de la exigibilidad de las obligaciones puras. Como se sabe, las obligaciones puras vencen en el mismo momento en que nacen y, en consecuencia, son exigibles inmediatamente, lo que significa que el deudor debe estar preparado para ejecutar la prestación desde el mismo momento en que se constituye la obligación. Pero el hecho de que sean exigibles inmediatamente, se dice en la doctrina civilista, no puede significar en modo alguno que no deba gozar del tiempo necesario para realizar la prestación. Vencimiento y exigibilidad no son términos equivalentes. Pues bien, el Código de Comercio, que es

¹ El artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece los títulos que llevan aparejada la ejecución.

precedente inmediato del civil, establece la necesidad de que pase cierto tiempo desde que vence la obligación, es decir, inmediatamente, hasta que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la misma y, con este acto, califique el comportamiento del deudor como incumplimiento contractual, con todas las consecuencias que de él se derivan (incluida la mora del deudor o traslación de los riesgos). En definitiva y si esta proposición es cierta, significa que los deudores de obligaciones mercantiles no siempre se constituyen en mora automáticamente, sino que depende de si se ha previsto o no un plazo de cumplimiento.

El primer número del artículo 1.100 del Código civil tampoco requiere la previa exigencia de la prestación por parte del acreedor para que se entienda al deudor en mora cuando la obligación expresamente así lo establezca. Se trata de otra expresión, en cierta medida, del principio *dies interpellat pro homine*, puesto que los contratantes pueden libremente pactar el momento a partir del cual se entiendan trasladados los riesgos fortuitos al deudor. En mi opinión, dado que las partes pueden establecer los pactos que tengan por conveniente para autorregular su relación, no existe problema alguno en entender que esta excepción es aplicable tanto a los supuestos de la fijación de un plazo de cumplimiento, como a aquellos otros en los que directamente las partes llevan a cabo una distribución de los riesgos contractuales, siempre y cuando no sean contrarios a las leyes a la moral, ni al orden público (art.1.255 C.c.). Pero es importante resaltar que el único requisito que la norma exige para que las partes ejerzan la autonomía de la voluntad en esta materia es que lo hagan expresamente, lo que quiere decir que su voluntad de hacerlo no se entenderá, en caso alguno, implícita, lo que no impide, como

pone de manifiesto DIEZ-PICAZO¹, que los pactos de las partes puedan ser objeto de interpretación.

b) La designación de la época de cumplimiento como motivo determinante para establecer la obligación.

Este es el supuesto más complejo con el que se enfrentan todos los autores que han profundizado sobre el tema de la *mora debendi*. No en vano se han construido numerosas doctrinas con la finalidad de interpretar la norma del segundo número del artículo 1.100 del Código civil. *"No será, sin embargo necesaria la intimación para que la mora exista: 2º) Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio fué motivo determinante para establecer la obligación"*. En un primer momento la doctrina entendió que el precepto estaba pensando en las obligaciones sometidas a un término esencial de cumplimiento, a una condición resolutoria o en negocios a "fecha fija", en los que el cumplimiento debe venir realizado en el momento pactado, porque de lo contrario carece de interés para el acreedor la prestación. Se rechazó pronto esta interpretación por entender que presupuesto esencial de la *mora debendi* es que el incumplimiento de que se trate sea temporal y, susceptible de un cumplimiento tardío, porque de lo contrario la *mora debitoris* no tiene sentido. El incumplimiento del término esencial es un incumplimiento definitivo y, en consecuencia, no da lugar a la mora del deudor. La

¹ Vid., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.634.

doctrina tras afirmar unánimemente esta construcción, se encuentra con el problema de concretar el supuesto a que hace referencia esta norma. Se dice entonces, y es la opinión mayoritaria que actualmente se sigue, que se está aludiendo a aquellos supuestos en los que a pesar de no haberse pactado término esencial alguno, la prestación tiene un carácter urgente en la mente de los contratantes y también según su propia naturaleza o sus circunstancias, pero realizada tardíamente no deja de tener utilidad para el acreedor. Ningún autor pone un ejemplo satisfactorio de esta interpretación y, en mi opinión, se debe a que se parte de un concepto erróneo de la función y efectividad de la *mora del deudor*. En primer lugar, como se dijo al comienzo de este capítulo, ni la mora es sólo aplicable a los retrasos, ni es la única consecuencia de los mismos. Se ha tendido a estimar por la doctrina que la mora es un retraso jurídicamente relevante, que es una infracción más del derecho de crédito. Sin embargo, si se mira desde el punto de vista que se defiende en este estudio, la mora no es otra cosa más que otro efecto de la responsabilidad del deudor. Es una consecuencia que atañe a la distribución de los riesgos cuando ésta no está hecha de antemano. Pues bien, el Código establece distintos criterios de distribución para cuando nada se haya pactado. Emplea el criterio del momento del incumplimiento para hacer surgir los efectos de la responsabilidad y determina este momento cuando su comprobación o verificación es difícil. Hace uso del principio *pacta sunt servanda* y de la imperatividad de las normas, en cuyo caso los riesgos se entenderán distribuidos como y cuándo hayan pactado las partes o haya establecido la ley. Y en tercer lugar, prevé que ciertos tipos de obligaciones por su especial naturaleza y por las circunstancias en que deben ser cumplidas en un momento o época concreta. Son obligaciones en las que no existe ni pacto, ni ley que regule el momento en que deben ser cumplidas porque se desprende de su propia naturaleza. Son

obligaciones que se asumen atendiendo precisamente a la época en que deben realizarse y que si no se llevan a cabo carecen de interés y de utilidad para el contratante que debe gozar de ellas. La atribución de los riesgos que pueden afectar al correcto y tempestivo cumplimiento de estas obligaciones, a mi juicio, viene asumido y repartido ya con la propia asunción de la obligación, de tal manera que el deudor no puede excusar la falta de cumplimiento de las mismas, porque debió prever o evitar las consecuencias de tal evento. El problema ha surgido de pensar siempre en la mora como una traslación de los riesgos posterior al incumplimiento y no imaginar que su reparto pueda venir dado con el nacimiento de la propia obligación o que es inherente a la obligación misma. VON THUR¹ ponía un ejemplo que, a mi juicio, es bastante clarificador de lo que se está diciendo. "Si el deudor se ha obligado a precaver un peligro que amenaza al acreedor efectuando una reparación, en este compromiso va implícita por sí misma la obligación de elegir el momento para el trabajo, sin que medie requerimiento alguno por parte del acreedor; si el deudor deja pasar el momento oportuno vendrá obligado a indemnizar los daños causados por la mora, aunque el acreedor no le haya hecho intimación. Otro tanto ocurre con el mandatario o el gestor de negocios: son ellos y no el interesado (tal vez ausente) quienes tiene que saber cuándo ha de realizarse cualquiera de los actos que se encuentran entre los deberes de su gestión, razón por la cual, se constituirán en mora si dejan pasar el momento oportuno, sin necesidad de que el acreedor les intime. El mandatario sobre todo puede y debe saber cuándo ha de entregar al interesado o ingresar en el banco señalado por él el dinero obtenido en su gestión, estando, por tanto, obligado a abonar intereses del dinero no consignado puntualmente".

¹ *Vid. Tratado de las obligaciones, op.cit., pág. 115.*

A mi juicio, tal como dice el artículo 1.101 el deudor responde de los daños de su morosidad, y está puede darse mediante constitución en mora, entendida en su sentido estricto de interpelación para fijar el momento del incumplimiento, o en sentido amplio, entendida como todos aquellos supuestos en los que la ley prevé que no hace falta para que le entiendan atribuidos. Con ello no quiero decir, que la mora no pueda tener lugar, porque es la normal extensión de la *perpetuatio obligationis*, en los incumplimientos retrasados y cualificados ya como ilícitos contractuales, sino que también tiene sentido en los definitivos, porque, no en vano, este instituto surgió de una ficción: la de que todavía podía cumplirse la obligación a pesar de haber devenido imposible. Si el deudor, vencido el término, se retrasa y no se exige la prestación, el retraso es irrelevante para el Derecho. Se ha dicho que es necesaria la interpelación, la efectiva exigencia para concretar el momento a partir del que debe surtir efecto la responsabilidad. Sin embargo, ¿qué ocurre si habiendo vencido la obligación, actualizándose el deber de cumplimiento del deudor, éste se retrasa, es decir, no la cumple inmediatamente, y la prestación de viene imposible fortuitamente?. Cabría pensar que si de la naturaleza circunstancias de la obligación asumida se desprende que se asumió por la designación de la época en que debía llevarse a cabo, los riesgos son del deudor desde el mismo momento en que vence la obligación, puesto que debe estar preparado a cumplir y sólo él sabe el momento y el modo de hacerlo correctamente.

IV.- LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR EN LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS.

El tercer párrafo del artículo 1.100 del Código civil, que regula la constitución en mora en las obligaciones sinalagmáticas, es seguramente el tema que más polémica

ha originado entre los estudiosos del instituto de la *mora debendi*. Este inciso establece que *"en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple empieza la mora para el otro"*. Las distintas interpretaciones a que ha dado lugar desde antiguo la exégesis de esta norma vienen representadas actualmente por las tesis de ALBALADEJO¹, CRISTOBAL MONTES² y DIEZ-PICAZO³. Cada una de ellas obtiene por vías distintas una solución al problema interpretativo que suscita este precepto. Es necesario analizar todas estas posturas doctrinales, puesto que si ya de por sí se defiende la importancia y relevancia jurídico-práctica que merece la constitución en mora dentro del sistema general de responsabilidad contractual, todavía más merecedor de atención es su funcionamiento en las obligaciones bilaterales, porque, al fin y al cabo, son las más comunes en el tráfico jurídico actual.

1.- Los problemas de interpretación del último párrafo del artículo 1.100 del Código civil.

Se puede decir que el problema esencial que tradicionalmente ha planteado la introducción de esta regla es el de averiguar si forma parte de aquellos supuestos de mora automática o si se mantiene fiel al principio general de mora mediante

¹ Vid., *La mora en las obligaciones recíprocas*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1968, pág.9 y ss.; *De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas*, "Libro Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo", vol.I, Madrid, 1988, pág.29 y ss.

² Vid., *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Ed. Civitas., Madrid, 1984.

³ Vid., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.639.

interpelación. Pero, aunque es verdad que éste es el problema principal del precepto, no lo es menos que puede extraerse algún otro. Por ejemplo se puede preguntar si cuando exige el cumplimiento de una de las partes ¿está también requiriendo el incumplimiento de la otra o basta que todavía no esté obligada a cumplir?, ¿se está exigiendo que ambas hayan incumplido su obligación o sólo una de ellas?, ¿se está haciendo la enunciación de la *exceptio non adimpleti contractus*?, ¿por qué es necesario el cumplimiento de una las partes contratantes para que exista una efectiva traslación de los riesgos fortuitos?, ¿cuál es la finalidad de la norma?. Para alcanzar la solución a estos interrogantes es necesario recurrir, una vez más, a los criterios hermenéuticos del artículo 3º del Código civil.

Del Derecho romano¹ sólo se puede extraer una idea clara: para constituir en mora al deudor no sólo era necesario que la obligación fuera susceptible de ser exigible mediante el ejercicio de una acción, y que efectivamente se exigiese o ejercitase en lugar y tiempo oportunos, sino que la acción que asistiera al acreedor no debía ser susceptible de que se opusiera efectivamente una excepción que la paralizase o suspendiese temporalmente, ya que "*nec in mora ille est qui iusta exceptione aliqua tueri se potest...*" (D.17,1,8,7). La acción, por otro lado, no podía ser interpuesta o ejercitada hasta que la obligación fuera exigible, lo que equivale a decir que el término venciera o que la condición se cumpliera. En *Digesto* 50, 16, 231 ULPIANO es claro: "*Ceder el día*" quiere decir que empieza a deberse la cantidad; "*venir el día*" que ha llegado el momento en el que se puede exigir la cantidad; cuando se estipula sin

¹ Vid. pág.62 y ss de este estudio.

condición ni término, el día "cede" y "viene" a la vez; cuando se estipula con un término, "cede" pero no "viene" hasta que llega el término; cuando se estipula bajo condición, ni "cede", ni "viene" en tanto está pendiente la condición.". Pero la *iusta exceptio* a la que aluden las fuentes romanas no es a la del incumplimiento de contrato que hoy viene regulada de alguna manera en todos los ordenamientos jurídicos civiles, sino más bien a aquellas que se conocían bajo el nombre de "*exceptio mercis non traditae*" (D.44, 4, 4, 5) y a la "*exceptio doli*" (C.8, 4,4,5), aunque la finalidad parece que era la misma¹. La excepción actuaba como remedio general para cualquier contrato con prestaciones corresponsivas y encuentra su razón de ser precisamente en la naturaleza de estas obligaciones. El nexo de interdependencia que existe entre las recíprocas prestaciones, en virtud del cual cada prestación está en función de su contraprestación, origina que el incumplimiento de una de ellas influya directamente sobre la prestación de la otra parte. Se trata de un remedio que puede ser hecho valer por el deudor (que a su vez es acreedor de la otra prestación) contra su acreedor, que pretende ejercitar el derecho de sujeción del patrimonio del deudor que le asiste cuando la obligación ha vencido. Pues bien, los romanos negaban la posibilidad de constituir en mora al deudor con la efectividad que se despliega esta constitución, si el deudor ejercitaba una excepción que paralizase o suspendiese la pretensión del acreedor. insatisfecho, por una causa justificada que le permitía no cumplir su obligación y no sufrir las consecuencias inmediatas de tal incumplimiento, entre las cuales se incluía la traslación de los riesgos fortuitos o *perpetuatio obligationis*. Desde el punto de vista procesal, el ejercicio de la *iusta exceptio* es de naturaleza dilatoria, puesto que paraliza

¹ Vid., G. PERSICO, *L'eccezione d'Inadempimento*, Ed. Giuffrè, Milán, 1955, pág.1.

temporalmente la pretensión del demandante hasta que cumpla su prestación.

Los problemas de las prestaciones recíprocas aparecen contemplados y resueltos en diversos libros del Digesto. Así, entre otros, en D.21, 1, 25, 10: *"Los ediles establecieron este orden: primero que el comprador cumpla con el vendedor en todo lo supraescrito, y después que consiga el precio que pagó"*¹ y en D.21, 1, 57: *"Si un esclavo compró otro esclavo, y el dueño demanda con la redhibitoria, el vendedor no le restituirá el precio más que si le entrega todo lo que se contiene en esta acción y, ciertamente, por entero y no hasta el límite del peculio,; pues en el peculio entre también la obligación de redhibición"*. La *"exceptio mercis non traditae"* parece aplicarse con rigor en el caso de la compraventa.

La posibilidad de que exista mora en ambos contratantes viene prevista también en D.18, 6, 17 que dice: *"Ha de saberse que cuando el comprador comenzó a incurrir en mora, no responde ya el vendedor por culpa, sino solamente por dolo; pero si hubiese habido mora del comprador y también del vendedor, escribe Labeón que la mora ocasionada perjudica al comprador y no al vendedor; pero habrá de verse si no es la mora posterior la que perjudique al que incurre en ella. ¿Pues qué ocurriría si yo hubiese interpelado al vendedor, no diese éste lo que yo le había comprado y luego, ofreciéndomelo él después, yo no lo hubiera aceptado. En este caso ciertamente, la mora debería perjudicarme a mí, pero si acaso hubiera habido mora por parte del*

¹ El supuesto que resuelve el paso de Ulpiano es el del riesgo en la compraventa cuando el esclavo ha sido "deteriorado en algo" después de la venta y de la entrega, cuando el comprador todavía no ha pagado el precio prometido.

comprador y después, estando las cosas como estaban, el vendedor hubiera incurrido en mora, es justo que habiendo él podido cumplir, la mora posterior perjudique al vendedor (Pomp.31 ad Q.Muc.)" y en D.45, 1, 91, 3 en el que Paulo escribe: "Queda por ver cómo debe entenderse aquello que establecieron los antiguos para el caso en que intervenga culpa del deudor: que se perpetúa la obligación. Ciertamente, si el promitente hubiera hecho algo para no poder pagar, el principio resulta claro, pero, en caso de haber incurrido en algo de mora, se extingue el efecto de la mora anterior....pues cuando se trata del perjuicio que causa la mora pero las dos partes han incurrido en ella ¿por qué no va a tener preferencia el que tiene la cosa respecto al que la reclama?". En D.46, 3, 72 aparece la exceptio doli como remedio que se le otorga al deudor moroso: "Si el deudor de diez mil sestercios hubiera ofrecido el pago al acreedor, pero éste recusó sin justa causa el cobro de los mismos, y luego el deudor los hubiera perdido sin culpa suya, podrá defenderse con la excepción de dolo malo, aunque hubiese dejado de pagar en otro momento anterior en que se le interpelló para que pagara; porque no es justo que responda del dinero perdido, del que no respondería si el acreedor hubiese querido cobrar. Por lo cual debe valer como pagado aquello en cuyo cobro se demoró el acreedor.". Los casos resueltos por los juristas romanos dejan entrever una naturaleza bastante heterogénea, es decir, podía darse el caso de que el deudor ya estuviera en mora y el acreedor incurriera posteriormente en ella. En este caso, la anterior quedaba purgada por la posterior. Más que de un caso de mora en obligaciones recíprocas, se trataría de un caso de purga de la mora del deudor. Se podía dar el supuesto de que ambas partes retrasasen sus respectivas obligaciones en cuyo caso, era necesario que la parte demandante del cumplimiento se allanase a cumplir su prestación si quería obtener la correspondiente. En este supuesto sí se contempla la

mora del deudor de una obligación bilateral. No existe, ni se puede hablar de mora, es decir, no hay traslación de riesgos, hasta que hay un cumplimiento o hasta que hay un incumplimiento. Las obligaciones recíprocas son, por su propia naturaleza, obligaciones de cumplimiento simultáneo, porque la satisfacción de las partes se realiza en el mismo momento. Ambas prestaciones traen "causa" de la respectiva, y si una queda incumplida la otra carece de "causa".

En nuestro Derecho aparece por primera vez regulada esta especialidad de la mora en las obligaciones recíprocas en el Proyecto de Código civil de 1851. Decía el artículo 1.007: *"En las obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple ó no se allana á cumplir debidamente la obligación que le es respectiva. Cuando hay mora, por parte de los dos contratantes, perjudica la posterior"*. GARCIA GOYENA limita su comentario a decir que *"el que no cumple mal puede reclamar del otro el cumplimiento, y de consiguiente constituirle en mora"* y sobre el último inciso que *"lo más común y frecuente es que la mora esté por parte del deudor; mas puede también haberla por parte del acreedor. Cuando tal suceda, la cosa queda á riesgo del acreedor, pero el deudor habrá de practicar lo espuesto en el párrafo anterior (es decir, haber cumplido su obligación). Puede haberla por parte de los dos; y entonces "Posterior nocet".*". El Proyecto, desde mi punto de vista, está previendo dos situaciones absolutamente distintas. La primera es el momento en que quedan trasladados los riesgos al deudor de una obligación sinalagmática. El criterio tenido en cuenta es precisamente el carácter sinalagmático de las prestaciones. No puede existir "mora" si no hay incumplimiento efectivo. Así dicho, puede parecer un argumento un tanto ilógico decir que el deudor que se retrasa en el cumplimiento no

incumple. Pero lo que se quiere poner de manifiesto es que en las obligaciones recíprocas, por su especial naturaleza, no existe un retraso del deudor jurídicamente relevante, si a pesar de haber vencido su obligación y ser exigible conforme a Derecho, el acreedor no puede efectivamente exigirla porque no cumple con el requisito previo que es su previo cumplimiento. ¿Por qué se habla del previo cumplimiento como requisito del incumplimiento de una obligación sinalagmática?. Porque, en principio y salvo que las partes hayan pactado otra cosa o la ley disponga lo contrario, las obligaciones recíprocas son de cumplimiento simultáneo, ya sean puras o ya sean aplazadas. Esto significa que las obligaciones de ambas partes surgen y se actualizan al mismo tiempo, y los derechos de las partes pueden ser ejercitados en el mismo instante y, en consecuencia, carece de sentido que una de las partes se reclamen sus prestaciones y que con esta reclamación ambas se encuentren constituidas en mora, ambas se deban indemnizar los daños o ambas tengan legitimación para ejercer la resolución del contrato. Se ha visto ya como en Derecho romano, el previo cumplimiento era un presupuesto necesario para exigir la responsabilidad, puesto que la acción no originaba consecuencia alguna si era susceptible de paralizarse mediante una excepción. En el Derecho actual ha de predicarse lo mismo de cualquier efecto de la obligación bilateral, por su propia estructura.

El segundo supuesto contemplado por el legislador del 51 puede ser visto tanto como un supuesto de purga de la mora anterior respecto de la posterior como uno de compensación de moras. La norma puede estar previendo que si el deudor de una obligación ha sido constituido en mora, y ofrece la prestación al acreedor con el ánimo de liberarse de su especial responsabilidad y extinguir la relación jurídica que les une,

y éste se niega injustificadamente a admitirla, al incurrir en *mora creditoris* purgue la mora del deudor, quien para liberarse de su obligación deberá hacer la consignación judicial de la cosa debida, con los requisitos que el Código establece para ejercitar este medio solutorio. Pero, por otro lado, puede estar pensando en el caso de que las obligaciones recíprocas sean de cumplimiento no simultáneo y que constituyéndose el primero en mora, el acreedor, llegado el vencimiento de su obligación, tampoco cumpla con lo que le incumbe. En este caso, ambos estarían en mora y cada cual correría con sus propios riesgos. Esta segunda teoría no es más que una elucubración, puesto que no es posible la compensación de moras, estrictamente entendida, porque significaría que o bien cada parte correría con todos los riesgos fortuitos que afecten a su propia prestación y no se exonerarían en caso de imposibilidad fortuita de la prestación. O bien que ninguna de ellas tenga que soportar la responsabilidad por caso fortuito, lo que no deja de ser una falacia, porque siempre los efectos negativos de la imposibilidad han de recaer en alguna parte de la relación obligatoria. En mi opinión, más bien, el legislador del 51 como el del 89 están pensando en la imposibilidad de hablar si quiera de mora en el caso de que las obligaciones sean recíprocas y, por su propia estructura y naturaleza, de cumplimiento simultáneo.

Del tenor literal del precepto se desprende que el supuesto de hecho que está contemplando esta norma es el de que ambas partes contratantes han incumplido sus respectivas obligaciones en lo que al factor tiempo se refiere. Se suele decir por los autores que ambos están en mora por el sólo hecho del incumplimiento, pero ninguno puede trasladar todos los riesgos fortuitos a la otra parte, porque el incumplimiento es mutuo. Hay, en consecuencia, una compensación de moras. Sin embargo, la dicción del

artículo en este punto es clara: *Ninguno de los obligados incurre en mora*, no se puede, por consiguiente, hablar de mora, aunque sí de retraso en el cumplimiento. Y si no se puede hablar de mora lógicamente no se puede hablar de incumplimiento contractual. Esto ratifica la idea, expuesta en este estudio, de que ni la mora es un tipo de incumplimiento, ni que con sólo hecho del retraso se incurre en mora. Para que el retraso sea jurídicamente relevante o, lo que es lo mismo, merecedor de atención por parte del ordenamiento, es necesario que haya determinado un ilícito obligacional o incumplimiento en sentido estricto y para ello es requisito indispensable, como decían los romanos, que la obligación haya sido exigida y que a la exigencia efectiva no pueda serle opuesta una excepción. Si ésto es así, el hecho de que un contratante se retrase no significa que haya incumplido hasta el momento en que el acreedor con la exigencia de su derecho de crédito le haga devenir incumplidor y, en consecuencia, haga que surja la responsabilidad contractual. Desde el momento que el Derecho califica su retraso como ilícito, se desplegarán todos los efectos de la responsabilidad, y entre ellos, la mora o traslación de los riesgos. Hay casos, ya se ha visto, en que no es necesario que llegue y se concrete el momento del incumplimiento, para que los riesgos se entiendan repartidos, asumidos o atribuidos y casos en los que determinar el momento del incumplimiento o lo que es lo mismo el momento de la responsabilidad, no causa trastorno al Derecho. Pero, para resolver el problema del incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas antes que nada hay que preguntarse si el previo cumplimiento de una parte es requisito esencial para determinar el incumplimiento de la otra o si por el contrario son dos situaciones jurídicas independientes. En mi opinión, para resolver este problema es necesario atender al momento en que surge la obligación de cumplir para cada una de las partes de la relación bilateral. Si en efecto es en el

mismo momento, habrá que concluir que sí es presupuesto para el incumplimiento la ejecución exacta y correcta de la otra parte. Si se trata de momentos diferentes, de cumplimientos no simultáneos, la respuesta ha de ser negativa y, consiguientemente, se podrá tratar a una parte como incumplidora y morosa y a la otra no. Creo que es precisamente éste el sentido que hay que darle a la norma contenida en el último párrafo del artículo 1.100 del Código civil. Contempla la especialidad de las obligaciones sinalagmáticas en su estadio normal, es decir, su cumplimiento simultáneo, que es su característica esencial a falta de pacto en contrario o de ley especial que establezca otra cosa. Para regularlas, a mi juicio, se guía por el criterio de determinación del incumplimiento, como ha hecho con los demás tipos de obligaciones, cuando nada se establece al respecto y, dispone que hasta que una de las partes no ha cumplido lo que le incumbía, no podrá hablarse de incumplimiento de la otra. A partir del cumplimiento de una—incumplimiento de la otra se originan automáticamente todos los efectos de la responsabilidad contractual, entre los que debe incluirse la traslación de los riesgos o mora del deudor. Se reafirma con ello, la idea de que es objetivamente el incumplimiento lo que origina la responsabilidad contractual y que la mora o traslación de riesgos, es otra consecuencia más de ésta.

La doctrina tradicionalmente viene tratando el problema de las obligaciones sinalagmáticas entorno al problema de la intimación o requerimiento. Aquí se defiende que hay que enfrentarlo desde la perspectiva del incumplimiento de la obligación. A pesar de esta diferencia de camino tomado para resolverlo, las tesis doctrinales que actualmente se siguen en nuestro país, están más o menos de acuerdo en afirmar que

el último inciso del artículo 1.100 del Código contempla la *exceptio non adimpleti contractus* y en que es la naturaleza sinalagmática de este tipo de obligaciones la que origina un régimen peculiar de constitución en mora. Nosotros, por nuestra parte, pensamos que es la imposibilidad de hablar de incumplimiento si una de las obligaciones no se ha ejecutado, la que impide hablar de constitución en mora del deudor, puesto que ambos son deudores y acreedores al mismo tiempo y, en consecuencia, ambos tendrían que ser incumplidores y morosos a la vez, todo lo cual carece de sentido desde el punto de vista práctico del Derecho. Para que exista responsabilidad contractual, es necesario que haya un deudor y un acreedor, para que exista mora es necesario que existan dos situaciones jurídicamente diferentes: un solvens y un accipiens. Y para que exista responsabilidad y mora es presupuesto indispensable que haya un incumplimiento estricto.

2.- La necesidad de intimación. Diversas posturas doctrinales.

Son esencialmente tres, como se ha dicho, las tesis formuladas acerca de la necesidad o no de la interpelación para que exista mora en las obligaciones sinalagmáticas. Su estudio, aunque sea breve, debe realizarse para ver el panorama actual en el que se encuentra la discusión. La diferencia que existe entre ellas es que toman criterios diferentes para llegar a sus respectivas conclusiones.

a) Interpretación formulada por M. ALBALADEJO

El ilustre civilista en 1968 introdujo en la doctrina una tesis que es importante,

tanto por su cuidada elaboración, como por los argumentos esgrimidos: La constitución en mora del deudor de una obligación sinalagmática ha de ir precedida de la interpelación del acreedor. Con ello no se quiere decir que fuera ésta precisamente la causa de su gran acogida doctrinal, pues ya con anterioridad los autores se encontraban divididos entre los que opinaban que se trataba de un supuesto más de mora automática y los partidarios de integrarlo en el sistema general de mora mediante requerimiento o intimación.

La tesis originaria de ALBALDEJO¹, era en síntesis la siguiente: El artículo 1.100 requiere, además del presupuesto general de la interpelación del acreedor, que éste haya cumplido previamente su obligación, lo que resulta justificado por la propia naturaleza sinalagmática de la relación obligatoria que une a las partes contratantes. Si se introduce esta especial regla en el ordenamiento es para evitar que la parte que tampoco ha cumplido lo que le es respectivo, pueda situar injustificadamente a la otra parte en esa situación de responsabilidad agravada que significa la constitución en mora. Si efectivamente se tratase de una excepción a la regla de la constitución en mora mediante intimación, vendría situada sistemática y numeradamente con los demás supuestos de mora automática, es decir, sería el número tercero del segundo párrafo del precepto y no se hubiera redactado aparte. Además, aplicando fielmente el criterio de que basta el cumplimiento de la otra parte para entender incursión en mora al deudor, se llegaría a la insólita conclusión de que estaría en mora incluso el deudor que aun no habiendo cumplido su prestación, ignora que cumplió el otro. En último lugar,

¹ Vid., *La mora en las obligaciones recíprocas*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1968, pág10 y ss.

ALBALADEJO esgrime la aplicación que necesariamente hay que hacer del artículo 1.501 del Código civil a estos supuestos de mora en las obligaciones recíprocas. A juicio de este autor, la correcta interpretación del 1.501 pide que se entienda en el sentido de ser preciso el requerimiento para la constitución en mora: *"El comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio en los tres casos siguientes: 1º) si así se hubiera convenido; 2º) Si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta; 3º) Si se hubiere constituido en mora, con arreglo al artículo 1.100"*. El supuesto de hecho de la norma es que el vendedor ha cumplido ya su parte de la obligación: ha entregado al comprador la cosa y éste todavía no ha realizado el pago, bien porque todavía no está obligado a ello, bien porque se ha retrasado en el pago. La norma dispone el deber de pagar los intereses, a juicio de ALBALADEJO, en tres casos distintos y por tres causas diferentes:

1º) Cuando, aún sin estar en mora (porque no fué requerido) y sin producir la cosa fruto o renta, se pactó así (1.501.1º). Lo que es natural pues se basa en la libertad de pacto.

2º) Cuando, aún sin estar en mora (porque no fué requerido), la cosa produce fruto o renta (para que el comprador no obtenga éstos y los rendimientos del precio que no pagó aún) (1.501.2º)

3º) Cuando, requiriéndolo, el vendedor lo constituya en mora (1.501.3º).

Según el autor, si se aplica el principio según el cual basta el cumplimiento de

uno para constituir en mora al otro contratante, dado que el presupuesto del que parte la norma es que el vendedor ya ha cumplido su obligación, se ha de estimar una de estas dos cosas:

a) O bien, los apartados 1º y 2º del artículo 1.501 son inútiles, puesto que ya estaría en mora, en cuyo caso, sólo bastaría para la *ratio* de la norma el apartado 3º.

b) O bien esos apartados 1º y 1º se refieren al caso de que, a pesar de que la cosa esté entregada, el comprador no esté en mora, lo que no puede tener lugar sino cuando el vendedor debía cumplir su obligación antes que el comprador la suya, porque así lo hubiesen pactado las partes al celebrar el contrato. Aun aceptando este planteamiento, —dice ALBALADEJO—, resultaría que el sentido del artículo 1.501 sería establecer el deber del comprador de pagar intereses del precio cuando esté constituido en mora, lo que tiene lugar desde que la cosa le fué entregada, y deberlos también, aunque no esté en mora, si habiendo recibido la cosa, se pactó así (1.501.1º) o ésta produce fruto o renta (1.501.2º). Pero dar ese sentido al artículo 1.501 es restringir la efectividad de sus apartados 1º y 2º en el caso de que el pago del precio esté, por cualquier motivo, diferido o aplazado. Restricción que no establece la Ley y que además, limita el deber de pagar intereses por el precio, precisamente a los casos en que, estando éste diferido,, es cuando menos justificados aparecen aquéllos.

Como último argumento, el autor señala que en la duda ha de estarse por la aplicación a las obligaciones recíprocas de la regla de la constitución en mora mediante requerimiento y no de una excepción como es la mora automática.

La tesis sostenida por ALBALADEJO fué motivo de diversas críticas por aquellos autores que opinaban que algunos de sus argumentos no eran definitivos para aplicar el sistema que el autor propugna. Este autor, veinte años después, en 1988¹ añade nuevos argumentos a su tesis original y dice, resumidamente, que: No existe en las fuentes romanas un trato especial para este tipo de obligaciones, ni suprimen el requisito de la interpelación. Tampoco los ordenamientos de nuestro entorno regulan de manera especial la constitución en mora en las obligaciones sinalagmáticas, lo que lleva necesariamente a afirmar que siguen la regla general de la interpelación. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, a pesar de no acoger la tesis sostenida del autor, y aplicar el sistema de mora automática del deudor desde que el acreedor ha cumplido su parte, a la hora de otorgar la indemnización de los daños y perjuicios, los intereses moratorios, sólo tiene en cuenta aquéllos que se irrogaron tras la demanda o reclamación, y no desde que efectivamente cumplió su parte el acreedor. Ello lleva a la conclusión de que subrepticamente el Supremo aplica la doctrina de la necesidad de la interpelación (aún más cuando expresamente tiene reconocido que la interposición de la demanda equivale a la interpelación). Pero, sin duda, el argumento más renovador que introduce en este último estudio, es el que hace referencia a las obligaciones de cumplimiento simultáneo y no simultáneo. El civilista reconoce que su tesis original fué construída sobre la base de obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo que es la naturaleza normal de este tipo de obligaciones, salvo que se establezca o se imponga otra cosa. Si introduce esta diferencia es a raíz de la tesis que formula DIEZ-PICAZO²,

¹ *vid.*, De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas, *op.cit.*, pag.29 y ss).

² ALBALADEJO cita como fuente de referencia los *"Fundamentos del Derecho civil Patrimonial"*, vol.I, 2ª. 2ª ed., 1976, págs. 489 y ss, pero actualmente en *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, *op.cit.*, 1993, pág 643 continúa con la línea de pensamiento que propuso entonces.

que estima que el último inciso del artículo 1.100 está previsto para las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, mientras que las de cumplimiento no simultáneo seguirían las reglas de la primera parte del precepto y, entonces, el problema tradicional se centraría en averiguar cuándo es precisa la intimación en las obligaciones de cumplimiento no simultáneo. ALBALADEJO se muestra de acuerdo parcialmente con la solución ofrecida por DIEZ-PICAZO en cuanto se piense que si el que debe cumplir primero, en una obligación recíproca de cumplimiento no simultáneo, no lo hace, puede sin necesidad de cumplir él, poner en mora al primero, requiriéndolo. Con lo que se afirma que en este caso la mora es mediante requerimiento. Por el contrario, le niega la razón a DIEZ-PICAZO en la idea de que si el que debe cumplir primero no lo hace, pero ya venció también la obligación del segundo, para constituir en mora éste a aquél, ha de cumplir o allanarse a cumplir, y con eso basta, sin necesidad de que le requiera previamente. No se muestra convencido con la idea porque estima que "DIEZ-PICAZO es de los que opina que en las obligaciones recíprocas el cumplimiento de uno pone en mora al otro sin necesidad de requerimiento" y él piensa que, como en tales obligaciones hace falta también la intimación, lo hace asimismo en el caso presente.

ALBALADEJO, veinte años después, sigue propugnando la tesis de que para constituir en mora al deudor de una obligación recíproca, sea de cumplimiento simultáneo sea de cumplimiento no simultáneo, es absolutamente indispensable el requerimiento del acreedor, además de haber tenido previamente que cumplir su obligación o allanarse a hacerlo, si estaba vencida). Ello se debe a que el párrafo último del artículo 1.100 se dicta, primero, para todas las obligaciones recíprocas y, segundo, no para no liberar de hacer el requerimiento en ellas, sino para imponer que el que,

requiriendo, quiera poner en mora al otro, no lo puede hacer sin cumplir o allanarse a cumplir él.

Desde mi punto de vista, el único inconveniente que se encuentra a la tesis formulada por ALBALADEJO es la de no haber explicado el fundamento y contenido que tiene el requerimiento para constituir en mora al deudor. El artículo 1.100 del Código civil en su primer párrafo equipara la intimación o requerimiento a la efectiva exigencia por el acreedor del cumplimiento de la obligación, ¿pero por qué se necesita un requerimiento?, ¿por qué ha de exigir el cumplimiento?. Es este el mayor interrogante que deja en el aire el autor cuando trae a colación todos sus argumentos a favor de la mora mediante el requerimiento. Si se piensa que es un requisito simplemente formal, sin finalidad alguna, se puede apoyar la tesis del autor. Pero, nosotros creemos que la finalidad que tiene el requerimiento es determinar el momento en el que surte efecto una de las consecuencias de la responsabilidad contractual: la traslación de los riesgos fortuitos. No existe problema alguno cuando ese momento ha sido fijado convencional o legalmente con arreglo a criterios diferentes. El legislador, en aquellos casos en que no hay criterio alguno previo al del incumplimiento en el que apoyar una responsabilidad por riesgo, opta por acoger el criterio objetivo del incumplimiento contractual porque es éste el que, general y normalmente, es el idóneo para hacer surtir las consecuencias de la responsabilidad del deudor. En definitiva, sólo cuando existen problemas para la concreción del momento en el que se debe responder por los riesgos fortuitos de la obligación es cuando el ordenamiento exige la intimación, porque ésta es absolutamente necesaria para fijar y determinar el incumplimiento contractual. Pues bien, ALBALADEJO, a pesar de propugnar la necesidad de la intimación o exigencia de

cumplimiento, no da una respuesta sobre la finalidad que con ella se intenta cubrir.

b) Interpretación sostenida por A. CRISTOBAL MONTES.

Este civilista apoya una tesis contraria a la mantenida por ALBALADEJO. Su trabajo recoge una profunda y detallada crítica a todos y cada uno de los argumentos aportados por el civilista. CRISTOBAL MONTES parte de una idea que, desde mi punto de vista, hay que compartir, porque en su *ratio* se incluye la crítica que se acaba de hacer a la tesis del prof. ALBALADEJO. Si se parte "*gratuitamente*" (*sic*¹) de que en nuestro ordenamiento el principio general es el de que para que un deudor incurra en mora hace falta que se le intime al pago y que aquél no conoce más derogaciones que las que taxativamente la ley prescribe, es obvio que resulta relativamente sencillo llegar a la conclusión de que en las obligaciones recíprocas no tiene porqué excepcionarse la operatividad de aquella regla. Es necesario por ello dilucidar si es posible o no en el Derecho español, como punto previo, el sostener la existencia de un principio de tales características, susceptible de aplicarse tanto a las obligaciones unilaterales como a las bilaterales, para lo cual es inexcusable indagar si en éstas la normativa legal concreta que las contempla permite extraer semejante conclusión.

El segundo argumento que trae a colación este autor es el sistemático y reconoce que efectivamente no se encuentra entre los supuestos exonerados de intimación del

¹ *Vid., La mora del deudor en los contratos bilaterales, op.cit., pág. 34.*

segundo párrafo del artículo 1.100. Pero, este hecho no constituye, en su opinión, un dato a favor de ninguna de las dos tesis hasta ahora formulada y ni siquiera posee gran trascendencia o consistencia para sostener una u otra interpretación. La norma en sus dos primeras partes se dedica a las obligaciones unilaterales y en el último a las recíprocas.

Por otro lado, argumentar dando una interpretación personal al comentario que hace GARCIA GOYENA a esta regla (*el que no cumple, mal puede reclamar del otro el cumplimiento y, de consiguiente consituirle en mora*), entendiendo que cuando dice "reclamar el cumplimiento" está exigiendo además del cumplimiento el requerimiento del acreedor, le parece inadecuado porque puede hacerse otra diversa, menos interesada y más ajustada jurídicamente a la realidad de las cosas¹. El legislador del 51, y GARCIA GOYENA así lo explica, está contemplando el supuesto típico en las obligaciones sinalagmáticas de que el sujeto al que se le pide la ejecución de su prestación, puede excusarse alegando que el otro no ha ejecutado la suya o, lo que es lo mismo, ejercitar la *exceptio non adimpleti contractus*.

En cuanto a la conclusión de que siguiendo el principio general de la mora sin interpelación, llevaría a afirmar que estaría incurso en ella quien no ha cumplido, porque ignora que ha cumplido el otro, no puede -a juicio de CRISTOBAL MONTES, calificarse de insólita, puesto que no detalla su opinión acerca de si este tipo de error de una de las partes puede ser una causa de exoneración de la responsabilidad por su

¹ *Ibidem*, pág.39.

incumplimiento. Como dice DIEZ-PICAZO¹ probablemente, en un caso como el descrito, el ignorante tenía el deber de conocer tanto su propia obligación y el momento del cumplimiento de la misma, como el cumplimiento de la otra parte. A esta respuesta, en mi opinión, hay que añadirle que difícilmente puede dejar de conocer el cumplimiento de la otra parte cuando su obligación es recibirla y en caso de ausencia o paradero desconocido, consignarla judicialmente.

En último lugar, CRISTOBAL MONTES critica la idea de coordinar el artículo 1.100 con el 1.501, porque es normal, -dice-, que se produzcan discrepancias entre las normas de carácter general del Derecho de Obligaciones y las de carácter especial que regulan específicamente cada tipo contractual. Aunque se parta de la mora *ex re* en las obligaciones recíprocas no por ello carece de sentido y utilizada el artículo 1.501 del Código civil. Este artículo no tiene aplicación cuando la entrega de la cosa y del precio se realizan simultáneamente, pero si entre la entrega de la cosa y el pago del precio media un lapso de tiempo, se produce una situación consistente en que el vendedor se ve privado de la cosa y de sus utilidades y, además, tampoco dispone del precio de la cosa vendida que todavía no le ha sido satisfecho por el comprador. Por el contrario, éste tiene ya la cosa en su poder y, además, el importe del precio, por lo que con el fin de evitar el enriquecimiento sin causa, se establece la obligación de pagar intereses en los casos a los que alude el citado artículo, que son casos de excepción, ya que, por regla general, el precio no produce intereses². Sin embargo, además, CRISTOBAL

¹ *Ibidem*, pág. 641.

² En este punto comparte la idea de BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, vol. II, Barcelona, pág. 858, según él mismo especifica en la nota nº. 16., *ibidem*, pág. 45.

MONTES aclara un punto que, a mi juicio, merece ser destacado. Tanto si se acepta la idea de que en las obligaciones recíprocas la constitución en mora es automática, como si se defiende que es mediante requerimiento, los dos primeros apartados del artículo 1.501 quedan fuera del tema en estudio, porque precisamente por sus propias características y punto de partida, excluyen el juego de la figura de la mora. Y ello al margen de que el apartado primero del artículo se refiera a un supuesto de intereses convencionales y el apartado segundo a otro de intereses compensatorios, éste es, unos intereses no moratorios que representan no una "pena civil" del que ha incurrido en mora, sino la contrapartida de otra utilidad producida en el patrimonio del que está obligado a ellos. El supuesto del artículo 1.501 del Código cobra sentido, y en este trabajo se comparte la idea de CRISTOBAL MONTES, tratándose de un contrato de compraventa con precio aplazado, pues en otro caso los intereses se deberán en concepto de indemnización de daños y perjuicios, tanto si el vendedor opta por la resolución contractual, como si solicita el cumplimiento.

Aunque las críticas formuladas por este autor a la tesis de ALBALADEJO son correctas y razonables, a mi juicio, yerra en considerar que el artículo 1.100 está estableciendo un régimen de constitución en mora distinto y antinómico¹ para las obligaciones unilaterales y otro para las recíprocas y que el de las primeras descansa de manera fundamental en la necesidad de la *interpellatio* del acreedor, mientras que el relativo a las segundas se apoya también de manera fundamental en el cumplimiento de dicho acreedor. Ambos criterios, para este autor, tienen el mismo valor jurídico, rango,

¹ *Ibidem*, pág. 73.

autonomía y generalidad y, si se apuran las cosas, el segundo tiene un ámbito de operatividad más excluyente, pues así como la mora mediante reclamación conoce diversos casos excepcionales de mora automática, la mora a través del cumplimiento no admite excepción alguna.

CRISTOBAL MONTES, a diferencia de lo que ocurre con ALBALADEJO, sí da una explicación de la finalidad y función que se intenta cubrir con la interpelación. Para él, la necesidad de requerimiento en las obligaciones unilaterales viene dada, porque en este tipo de obligaciones, por definición, el débito sólo funciona en un sentido y parece natural y obligado que la constitución en mora del *único* deudor precise del requerimiento de pago por parte del *único* acreedor, ya que éste será el mecanismo idóneo (salvo los casos en que por ley, pacto o peculiaridad de la obligación se produzca, justificadamente, el efecto moratorio) por cuyo través puede mostrar que está interesado y desea el cumplimiento actual de la obligación. Por el contrario, las obligaciones recíprocas vienen caracterizadas por la circunstancia de que ambos sujetos son recíprocamente acreedores y deudores, de tal forma que se prodece entre ellos un equilibrio, un estado de mutuo condicionamiento que neutraliza sus prerrogativas y torna "estáticas" las facultades de actuación que en otro supuesto aparecerían expeditas. Una de las peculiaridades de este tipo de obligaciones es precisamente que el efecto de la mora se produce automáticamente y si, precisamente, ninguno de los obligados puede caer en mora sin previo cumplimiento del otro, el paso lógico subsiguiente viene dado por el hecho de que, realizado éste, se produzca de inmediato la verificación de aquélla.

No se comparte esta visión de CRISTOBAL MONTES sobre la función del

requerimiento, como tampoco se comparte su construcción de la constitución en mora en las obligaciones sinalagmáticas. No se puede atribuir al requerimiento la función de especificar el deseo del acreedor de obtener la prestación, puesto que si celebra un contrato, por ejemplo, en el que sólo hay obligación por parte del deudor, y no por la suya propia, parece lógico que su deseo de obtenerla está implícito en la propia constitución de la obligación y que no necesita de un recordatorio o manifestación de voluntad ulterior. Además, si ésta fuera la finalidad del requerimiento debería exigirse de la misma manera en las obligaciones recíprocas, tanto al acreedor como al deudor. La única función que se le puede atribuir al requerimiento es la que precisamente le otorga el propio artículo 1.100 del Código civil: exigir el cumplimiento de la obligación y ¿por qué ha de exigirse?, la respuesta aparece clara si se tienen en cuenta el concepto jurídico de obligación, los principios que inspiran su regulación, y los elementos integrantes de la misma, porque en el concepto técnico de obligación, junto al elemento del deber jurídico aparece la idea de responsabilidad (deber y derecho, crédito y deuda, *Schuld* y *Haftung*, *debitum* y *obligatio*) y actualmente se puede afirmar que son dos ingredientes institucionales del fenómeno de la obligación, que no constituyen dos situaciones jurídicamente autónomas y diversas¹. El acreedor ante la falta de cumplimiento del deudor está facultado para ejercer el poder de coacción que el ordenamiento le atribuye a su derecho de crédito y es a través del requerimiento por el que está haciendo uso de ese poder de sujeción del patrimonio del deudor. El requerimiento o la exigencia de la obligación es un requisito indispensable para hacer efectiva la responsabilidad del deudor. Si el acreedor no exige el cumplimiento de la obligación no estará ejercitando

¹ Vid., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág 82.

la facultad de defender su derecho de crédito que el ordenamiento le otorga y la obligación será simplemente exigible, pero no exigida. Ahora bien, como la responsabilidad del deudor surge con el incumplimiento o mal cumplimiento, el ordenamiento hace que con él aparezcan automáticamente y en supuestos excepcionales, algunos efectos o consecuencias de la misma y es aquí donde, de manera excepcional traslada *ipso iure* al deudor los riesgos de los fortuitos. En mi opinión, el legislador no toma como criterio para la constitución en mora automática de las obligaciones recíprocas su carácter sinalagmático, sino que únicamente está determinando el momento *desde el que* empezará a surtir efectos la traslación de los riesgos fortuitos (cuando no se haya previsto algo distinto) y no el *modo en que* ésta ha de hacerse. La concreción del momento de la traslación sólo necesita regulación en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, que por su propia naturaleza deben ser cumplidas al mismo tiempo, porque no podrá llevarse a cabo si ninguna de las partes cumple en ese acto la prestación que le es respectiva. Si por definición este tipo de obligaciones han de cumplirse al tiempo, al unísono por ambas partes, no es necesario el requisito de la exigencia de la prestación, porque basta que una cumpla para que esté exigiendo la correspondiente. El legislador en este punto, no se aparta del criterio subsidiario tomado cuando nada se ha dicho previamente al respecto, sino que lo ratifica al entender que no hay incumplimiento en las obligaciones sinalagmáticas mientras no haya cumplido alguna de las partes contratantes lo que le incumbe. *Desde ese momento*, en el que quedará fijado el incumplimiento de la otra, comienza la mora.

c) Solución ofrecida por DÍEZ-PICAZO

DÍEZ-PICAZO ha intentado ofrecer una solución a los problemas interpretativos

del último párrafo del artículo 1.100 del Código civil, partiendo de la distinción entre obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo y de cumplimiento no simultáneo. A juicio de este autor, la norma contenida en el citado párrafo sólo casa con las primeras "Si analizamos -dice- una relación obligatoria sinalagmática, en la cual la obligación no es de cumplimiento simultáneo (*v.gr.*, compraventa con entrega de la cosa en una fecha por definir y pago del precio diferido para un momento posterior), la aplicación de la línea inspiradora del instituto de la mora nos llevaría a las siguientes conclusiones: que el deudor del precio no está en mora si el vendedor no ha entregado la cosa; que el mero hecho de que el vendedor realice la entrega no coloca en mora al comprador, puesto que éste dispone de mayor término para el pago del precio; que cabe una mora de la deuda de entrega de la cosa que sea anterior al pago del precio. Por estas razones creemos que el problema de la constitución en mora en las obligaciones sinalagmáticas sólo puede ser analizado separando una y otra hipótesis"¹.

El civilista lleva a cabo su análisis enumerando todos los supuestos posibles a que pueden dar lugar ambos tipos de obligaciones sinalagmáticas. Así, en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo separa el caso de que uno de los contratantes haya cumplido su obligación y el otro no, y el caso de que ninguno de los dos haya cumplido en el momento pactado. En el primer caso, es el propio sinalagma funcional que sirve de nexo de dependencia entre las prestaciones el que excluye la necesidad de intimación, puesto que basta, como expresamente establece el precepto, que uno haya cumplido para que empiece la mora para el otro. Es este, en opinión del autor,

¹ *Vid., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol.II: Las relaciones obligatorias, op.cit., pág.643.*

la hipótesis genuína y la más clara del inciso final del artículo 1.100. Se comparte la idea de DIEZ-PICAZO no solamente por la función del sinalagma y la naturaleza de este tipo de obligaciones, sino porque para hacer surgir los efectos de la responsabilidad por el incumplimiento, y la mora es uno más de ellos, sólo es necesario verificar el incumplimiento y en las obligaciones sinalagmáticas de cumplimiento simultáneo, como su propio nombre indica, basta el cumplimiento de una para establecer el de la otra.

En el segundo caso, que ninguno haya cumplido y ambas obligaciones, simultáneas en orden a su cumplimiento, son ya exigibles, cualquiera de las dos partes puede constituir en mora a la otra, pero en este caso es precisa la interpelación y, además, que el interpelante ponga la prestación a su cargo a disposición de la otra parte o que se allane a cumplir. En este trabajo no se comparte esta última solución que ofrece DIEZ-PICAZO al precepto, aunque sí la del primer supuesto. Creemos que en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, si ninguna de ambas partes ha cumplido lo que le incumbe no es posible la constitución en mora de la otra. La letra de la ley en este caso es clara: Ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir lo que le incumbe. Por consiguiente presupuesto esencial y primero es que se cumpla la obligación. Y si esto sucede se podrá constituir en mora, pero ya estaremos en la primera hipótesis contemplada por el autor: que uno haya cumplido y el otro no. Seguramente la hipótesis genuína del inciso es ésta: que ninguno haya cumplido.

En cuanto a las obligaciones recíprocas de cumplimiento no simultáneo o diferidas no le falta razón al autor para afirmar que no se puede aplicar de manera

directa el inciso último del 1.100, porque de la propia esencia de la norma se desprende que se trata de las de cumplimiento simultáneo, porque son las únicas dónde pueden coincidir las dos no-prestaciones, de lo contrario una siempre es cronológicamente anterior a la otra y el problema de constitución en mora se resolvería con las normas de los dos primeros párrafos del artículo 1.100. El problema que surge cuando se analiza despacio la mora en las obligaciones de cumplimiento no simultáneo es el de averiguar si se puede o no invocar la *exceptio non adimpleti contractus*, porque en ellas necesariamente una de las partes contratantes debe cumplir su parte con anterioridad a la otra. La *exceptio non adimpleti contractus* no puede invocarse, en este caso, por aquella parte que tenía que cumplir primero y no lo hizo y llegado el término en que debe cumplir la otra su contraprestación le reclama el cumplimiento. Sin embargo, sí parece posible que ésta última pueda en este caso oponer la excepción de contrato no cumplido y evitar que le constituya en mora y de ese modo purgue la suya (compensación de moras). Pero ¿puede el contratante cuya prestación está aplazada o diferida con respecto a la de la otra parte constituir en mora cuando no ha cumplido su obligación o necesariamente ha de esperar a que llegue el término que tiene fijado para su propio cumplimiento?. DIEZ-PICAZO¹ ha resuelto este interrogante de manera satisfactoria.

A juicio del autor, cuando el primer obligado no ha cumplido en el momento temporal señalado para ello, el otro contratante sin necesidad de cumplir su propia prestación si la obligación a su cargo no ha vencido todavía, puede constituir en mora

¹ *Ibidem*, pág. 644.

al primer obligado, mediante interpelación, salvo que de la ley reguladora del contrato, el convenio de las partes o la propia naturaleza de la prestación se deduzca que no es necesaria la intimación, porque está automáticamente constituido en mora. Esta hipótesis se regiría por las normas establecidas con carácter general en los dos primeros párrafos del artículo 1.100. No parece que el deudor incumplidor pueda oponer, ante la reclamación del cumplimiento, la excepción de contrato no cumplido, puesto que al haberse pactado un plazo posterior para el cumplimiento de la otra parte no puede hablarse siquiera de incumplimiento contractual. La obligación de la parte que reclama el cumplimiento no ha vencido y, en consecuencia, nada se puede exigir, ni nada se puede oponer a este respecto. Si, por el contrario, la obligación del segundo obligado estuviera también estuviera vencida se trataría del supuesto contemplado en el último inciso del artículo estudiado: ninguno de los dos contratantes puede constituir en mora al otro, sino es mediante su propio cumplimiento.

La segunda hipótesis es que el primer obligado haya cumplido su obligación y que llegado el momento de vencimiento del término para el cumplimiento de la otra parte ésta incumpla la que le es respectiva. En este caso, la constitución en mora del segundo deudor sigue el régimen normal trazado en los primeros párrafos del artículo.

Como se puede observar, se demuestra que la constitución en mora del deudor en las obligaciones sinalagmáticas de cumplimiento no simultáneo no se rigen por la norma contenida en el último inciso del artículo 1.100 del Código civil, sino que precisamente por su régimen de cumplimiento aplazado se les aplica las reglas generales

establecidas en los dos párrafos anteriores, que establecen un régimen de constitución en mora distinto dependiente sólo y exclusivamente del término de cumplimiento (salva siempre la derogación que sufren estas normas si legal o convencionalmente se ha previsto una traslación de riesgos anterior al momento del incumplimiento obligatorio). Todo lo cual lleva necesariamente a la conclusión de que el ordenamiento ha tomado en cuenta para regular el instituto de la mora el criterio del tiempo de cumplimiento y no del tipo de infracción del derecho de crédito (retraso, defectuosidades, incumplimientos definitivos), ni la clase de obligación de la que se trata (unilaterales o bilaterales). Si lo hubiera hecho de otro modo estaría tratando de manera desigual supuestos que jurídicamente han de tener el mismo valor: el de infracciones del derecho de crédito.

V.- LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL DEUDOR EN LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS. UN RÉGIMEN ESPECIAL.

El ordenamiento civil no dedica un régimen jurídico especial a las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, pero establece algunas normas referentes a los requisitos y efectos del pago de una cantidad de dinero (art.1.170 C.c.), a la compensación como modo de extinción de una obligación pecuniaria (1.196.2ª C.c.), a los presupuestos para la validez del precio pactado en la compraventa (art.1.445 C.c.) y a todas aquellas relaciones obligatorias en las que el dinero aparece como objeto de una posible prestación (v.gr., arts. 1.604, 1.613, 1.683, 1.7553 C.c.). La especialidad de las obligaciones pecuniarias no viene confirmada en el Código civil, pero de su

normativa, dispersa en todo el ordenamiento se deduce que el precio, como prestación que se inserta en una relación obligatoria, ha de ser cierto, es decir, que consista en dinero o signo que lo represente (art.1.445 C.c.) o que para que el precio se tenga por cierto basta que lo sea con referencia a cosa cierta o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada (art.1.447 C.c.). Se sabe que, además, el objeto de todo contrato ha de ser determinado en cuanto a su especie o determinable sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes contratantes, lo que debe aplicarse también a las obligaciones dinerarias (art.1.273 C.c.). Por último, del artículo 1.169 del Código civil se puede extraer la idea de que las deudas de dinero son susceptibles de ser ilíquidas en parte, puesto que se autoriza al acreedor de una cantidad a exigir al deudor la parte que sea líquida sin esperar a que se lleve a cabo la liquidación del montante final de la deuda.

Pues bien, aunque nuestro Código civil no le haya dedicado a este tipo de obligaciones una sección especial, de las reglas generales se puede deducir que la especialidad existe. En el momento de la constitución de la obligación se exige que el precio sea cierto y que, como objeto que es de la misma, sea cuando menos determinable sin necesidad de pacto ulterior de las partes (art.1.273). En el momento de cumplimiento, se requiere que el pago sea completo (art.1.157 C.c.) y exacto (art.1.166 C.c.), aunque se permite, como se ha dicho, en caso de iliquidez parcial, que se ejecute el pago de aquella parte líquida (art.1.169 C.c.). Además, no basta con entregar la suma pactada, sino también han de incluirse en el pago todos los frutos que haya producido desde que nació la obligación de entregarla (arts.1.095, 355, 1.120, 1.126, 1.468 C.c.). En el caso de una prestación dineraria a los frutos civiles se les denomina intereses y

son aquellos que nacen por la propia utilización o disfrute de un bien de capital que pertenece a otra persona. Se trata de una deuda accesoria a la principal (el precio o la prestación pecuniaria) y se le aplica el régimen jurídico previsto para todas las prestaciones accesorias. Por último, el Código civil establece un sistema especial de responsabilidad por los daños derivados del incumplimiento de una obligación pecuniaria, que se concreta en el devengo automático de intereses legales o convencionales desde que el deudor incurre en mora (art.1.108 C.c.). Por regla general, la doctrina ha centrado la especialidad de las obligaciones pecuniarias precisamente en este efecto que provoca su incumplimiento. Sin embargo, en mi opinión, es necesario distinguir esta consecuencia, legislativamente contemplada, de aquella otra que determina el devengo de intereses retributivos como producto o fruto del capital utilizado. Se trata, en ambos casos, de intereses de una suma de dinero, pero su fundamento jurídico es distinto.

Los intereses retributivos son aquellos que nacen del propio goce de la suma de dinero, que encuentran su fundamento en la propia productividad del dinero y nuestro Código civil los contempla en algunos preceptos especiales. Así por ejemplo, en el art.884 sobre los legados genéricos o de cantidad, en el 1.049 sobre los bienes relictos sujetos a colación, el 1.682 sobre el capital que se debe aportar a la sociedad, el 1.724 sobre las cantidades utilizadas por el mandatario para usos propios, el 1.838 sobre el fiador que paga en nombre del deudor, el 1.896 sobre el cobro de lo indebido o el 1.501 sobre los intereses que produce la cosa comprada desde que se entrega hasta que se paga el precio convenido por ella. Los intereses retributivos, a diferencia de los moratorios, requieren para devengarse el vencimiento de la deuda, pero no su efectiva exigencia y

su fundamento es la ventaja patrimonial del deudor que goza de la suma que debe ser retribuida o compensada al acreedor que no la disfruta. En el fundamento último del devengo de los intereses moratorios se encuentra la idea de daño y de reparación por incumplimiento y para que el deudor se encuentre obligado a su abono es requisito indispensable la infracción del derecho de crédito. El único problema que se plantea es el de la coincidencia de los intereses moratorios con el de los retributivos, es decir, que habiéndose pactado o establecido legalmente el derecho del acreedor a los frutos civiles del dinero, el deudor incumpla (es decir, que la obligación principal y la accesorial de los intereses retributivos haya vencido) y venga obligado a abonar no sólo la cantidad debida y sus intereses, sino automáticamente los moratorios. El problema ha de resolverse aplicando a los intereses retributivos la regla del artículo 1.109 y hacerles devengar el interés legal como interés moratorio o reparador del incumplimiento del abono de intereses y sumarlo al interés legal moratorio de la obligación principal. Es definitiva, el deudor de una cantidad de dinero con intereses retributivos debe, desde que es constituido en mora, los intereses legales del capital principal y los intereses de los intereses retributivos, todo ello en concepto de indemnización mínima por los daños derivados del incumplimiento, que se determina, si nada se ha pactado o la ley nada establece, del requerimiento del acreedor.

1.- Interpretación del artículo 1.108 del Código civil. Especialidad del régimen previsto.

Según enseña ASCARELLI¹, todas las normas de los Códigos europeos sancionados en el siglo XIX que llevan a cabo una liquidación a *forfait* de los daños derivados de la mora del deudor de una obligación pecuniaria, encuentran su origen en la doctrina de POTHIER (que es, incluso, anterior a la admisión generalizada en Francia de la licitud de los intereses). En su *"Tratado de las obligaciones"* se puede leer: *"Tales son las reglas. Se sigue una particular cuando se trata del retardo puesto por un deudor en el cumplimiento de obligaciones que consisten en dar una cierta suma de dinero. Como los diferentes daños que pueden resultar del retardo del cumplimiento de esta especie de obligación varían al infinito, y que es tan difícil preverlos como justificarlos, ha sido necesario reglarlos como por una especie de tanto alzado, a un tanto fijo. Que es lo que se hace cuando se fijan los intereses de la suma debida a la tasa de la Ordenanza. Esos intereses principian a correr contra el deudor, desde el día en que ha sido requerido hasta el día en que paga, por cuanto son el precio común del provecho legítimo que el acreedor habría podido retirar de la suma que le ha sido debida, si le hubiese sido pagada. En consecuencia de esta especie de precio alzado por grande que sea el daño que el acreedor haya sufrido del retardo que el deudor haya llevado al pago de la suma debida, ya sea que el retardo proceda de una simple negligencia, ya*

¹ Vid., *Delle obbligazioni pecuniarie* (art.1.277-1.284), *"Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca, Roma, 1963, pág.556 y ss.*

² Vid., *op.cit.*, n.170, pág.100 y, también, DOMAT, *Lois civiles*, 1, III, tit.V.

que proceda de dolo o contumacia afectada, el acreedor no puede pedir otra indemnización que los intereses. Mas en cambio no está sujeto, para exigirlos, más que a dar una justificación del daño que el retardo del pago de la suma le ha causado". A su vez, esta doctrina viene tomada del Derecho Común que considera, a pesar de la prohibición general del devengo de intereses, que la mora es causa suficiente para generarlos como liquidación del daño sufrido por el acreedor. Esta excepción viene articulada, en un principio, sólo para aquellos supuestos en los que la actividad del deudor era de naturaleza mercantil y toman su nombre originario "intereses castrenses", del autor que propugnaba su licitud: PAULO DE CASTRO¹. Poco después, los autores del Derecho Común acabaron por no exigir más requisito que el de la interpelación, sin necesidad de prueba alguna por parte del acreedor mercantil del daño realmente sufrido, pero su liquidación se estableció en una medida *forfetaria*.

La enseñanza de POTHIER pasó inalterable al Código civil francés (art.1.153) y al austriaco (art.1.333), que en virtud de las leyes de 7 de abril de 1900, el primero, y de 8 de marzo de 1923, el segundo, admiten la prueba por parte del acreedor lesionado por el incumplimiento de la obligación pecuniaria del mayor daño sufrido y reconocen que la liquidación a *forfait* del Código no es inalterable.

En España, el Proyecto de 1851 toma el precedente francés, pero como el interés

¹ ASCARELLI, *ibidem*, pág.559, nota n.º.4, cita en este punto un paso del *Codex fabrianus*, l.V, tit.XXIV (de usuris), def.VII: "Neque enim dubitandum est, quin creditoris intersit, quod pecuniam ad diem non acceperit; cumque probatio eius quod interest plerumque difficillima sit, quia in facto non in iure consistit, nec ratione pecuniae praestatur umquam id quo re vera interest, nec facile in infinitum occurrat, nulla iustior taxatio fieri potest quam ad modum usurarum legitimarum et quarum usus frequentior est, cuiusmodi sunt quinquunces".

legal en su totalidad parece, como comenta GARCIA GOYENA¹, excesivo a los legisladores cuando se han pactado intereses convencionales, lo reducen a su tercera parte. Se reconoce que "la dificultad de probar y calcular los daños por la mora ó retardo en el pago, cuando la obligacion es de una suma ó cantidad cierta, ha movido al legislador á fijarlos *desde luego* en el interés legal, si no se pactó otro. A esto solo queda reducida la responsabilidad del deudor moroso; pero en cambio queda relevado el acreedor de toda prueba, porque su pérdida es evidente, ó al menos se presume tal".

En el Código civil actual de 1889, la responsabilidad por los daños causados por el incumplimiento de una obligación pecuniaria viene prevista en el artículo 1.108, a tenor del cual: "*Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de los daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal*". Este es uno de los preceptos del Derecho de obligaciones que tiene más importancia práctica para el tráfico jurídico y su correcta interpretación se hace urgentemente necesaria, porque como dice VATTIER FUENZALIDA² las obligaciones pecuniarias tienen una importancia singular, no sólo por los graves problemas prácticos que, en ocasiones, suscitan, sino sobre todo por ser una especie de banco de prueba en orden a verificar los principios generales vigentes en el sistema, ya que no sólo desbordan el campo tradicional del Derecho de cosas y de obligaciones, e inciden en la persona, familia y sucesiones, sino que trascienden las fronteras del

¹ Vid., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil, op.cit.*, pág.544.

² Vid., *Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1980, I, pág.41 y ss.

Derecho civil para enclavarse en la esfera elástica del llamado Derecho de la Economía. De acuerdo con esto, una nota que distingue a las obligaciones pecuniarias, por contraste con otras clases de obligaciones, es una sensibilidad especial ante los principios del orden público económico y sus variaciones. Estos principios, según VATTIER, se llenan de contenido si recordamos que el mercado moderno de signo capitalista se traduce en términos jurídicos en la propiedad privada de los medios de producción, la libre iniciativa económica, la acumulación de capital por su ejercicio, la búsqueda de un lucro directo e indirecto como motor fundamental de la actividad económica, la subordinación del trabajo ante el capital en el seno de la empresa, la subsidiariedad de la actividad económica pública y la planificación de la economía. Por último, las funciones del dinero – como explica VATTIER –, desde el punto de vista económico, son las de servir, en cuanto unidad de medida de valor, como un módulo para establecer el valor de las cosas, bienes o servicios y como instrumento de intercambio de tales objetos, lo que destaca la posibilidad de adquisición que el dinero confiere a su titular. Desde el punto de vista jurídico, las funciones del dinero son múltiples y variadas. Las principales son las de ser precio en el contrato de compraventa, renta en el arrendamiento, capital en el de sociedad, retribución o salario en el de trabajo, objeto de la prestación en el de préstamo-mutuo y *quantum* en los supuestos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, de gastos y mejoras, de intereses, lo mismo que puede ser objeto de propiedad, posesión, reivindicación o de un *ius in re aliena*, por limitarnos al campo del Derecho patrimonial. En nuestro Derecho, el dinero es, pues, un medio universal y forzoso de pago, forma en que lo contempla el artículo 1.170 y es, también, una cosa que reviste ciertas características especiales que le dan una fisonomía propia y, de algún modo, privilegiada. En este sentido, se trata de una cosa mueble que ha sido

caracterizada por una "genericidad absoluta", atendida su naturaleza homogénea e indestructible; por una "ultrafungibilidad", que se suprime por medio de la llamada cláusula en efectivo y se limita por la existencia de un pacto especial sobre la moneda *in obligatione* o, simplemente, *in solutione*; por una fácil convertibilidad en otra especie monetaria atendida su liquidez; por una consumibilidad concretada en gastos; por una divisibilidad abstracta; por ser equivalente en valor de otras cosas, bienes y servicios; por ser fructífera en el sentido de generar frutos civiles de índole diversa, puesta en circulación en el mercado. En definitiva, lo que se propone destacar VATTIER es que el dinero puede ser materia de prestación en el campo del Derecho de obligaciones y que, si bien puede ser utilizado como un módulo objetivo para la determinación cuantitativa de la prestación genérica, no da necesariamente a la relación obligatoria esta naturaleza jurídica, sino que, antes bien, la individualiza como una obligación pecuniaria (*tertium genus*), aún cuando ésta pueda presentar modalidades diversas según la forma en que intervenga el dinero en el objeto de la prestación.

Tradicionalmente se dice que el daños que sufre el acreedor de una obligación pecuniaria incumplida consiste en no haber dispuesto del capital y no haberse, en consecuencia, beneficiado de sus frutos, que deben consistir en el interés que dicho capital hubiera podido devengar¹. Se comparte esta opinión siempre y cuando no se niegue la posibilidad de que el acreedor lesionado por el incumplimiento pueda solicitar una mayor indemnización a la *forfetariamente* establecida si demuestra que el daño que se le ha irrogado es mayor que el que cubre el interés legal del dinero. Se debe pensar

¹ Vid., entre otros, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.II: *Las relaciones obligatorias*, *op.cit.*, pág.636 y ss.

en todos aquellos supuestos de incumplimiento doloso del deudor en los que debe responder de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. La tasa prevista por el legislador en el artículo 1.108 es la que corresponde en su base a todas las infracciones no dolosas, ya que si no fuera así y no hiciera distinción entre un tipo y otro de lesión del derecho de crédito, sin duda, ampararía los comportamientos deliberadamente tendentes al incumplimiento de las obligaciones¹.

Desde este momento se puede avanzar una idea acerca de la interpretación que, a mi parecer, debe dársele al artículo 1.108 del Código civil. El deudor de una obligación pecuniaria, por el sólo hecho de haber incumplido, queda *automáticamente* sujeto a la obligación de indemnizar al acreedor, *cuando menos* con los intereses legales de la suma que debe. Esta tasa prevista por el legislador es de naturaleza *forfetaria*, lo que significa que podrá aumentarse dependiendo de los daños que el acreedor pruebe haber sufrido realmente. Todavía se discute en la doctrina la posibilidad de admitir el aumento de la indemnización fijada en este precepto, aunque sobre su disminución o moderación por el Tribunal poco se ha dicho al respecto, porque los autores unánimemente apoyan la idea de que o bien se trata de una indemnización de mínimos que no se puede cambiar a peor, o bien se trata de una liquidación automática y a *forfait* del daño que no es susceptible de aumentarse o disminuirse. En mi opinión

¹ VATTIER, *ibidem*, pag.66, niega la posibilidad de indemnizar un daño mayor al que cubra el interés legal del dinero, porque entiende que el artículo 1.108 del Código civil contempla un trato de favor, próximo al privilegio, en beneficio del acreedor de dinero por cuanto le libera de la carga de la prueba, de una parte, del nexo de causalidad entre el daño y la mora y, de otra, de la magnitud del perjuicio sufrido a causa de ésta. Por esta razón principalmente, la norma en examen ha de ser objeto de una interpretación restrictiva en el sentido de impedir al acreedor de una deuda de dinero la alegación de otros daños provenientes de la mora, entre los que se podría contar el perjuicio causado por la devaluación monetaria producida durante la misma.

se trata de dos puntos que deben ser aclarados, porque si se predica la celeridad y seguridad del tráfico jurídico es necesario otorgar a los intereses moratorios y a los retributivos la relevancia que, unos como compensación o reparación y otros como frutos del capital, merecen.

Los problemas que plantea la exégesis del artículo 1.108 son varios. En primer lugar hay que averiguar qué finalidad tiene en este caso exigir el requisito de la constitución en mora del deudor de la obligación pecuniaria. En segundo lugar, si dicha constitución en mora es automática o *ex re* o mediante interpelación. Además, hay que contestar a un interrogante de gran importancia: si efectivamente se está estableciendo una liquidación automática del daño por incumplimiento, ¿se está presumiendo que todos los incumplimientos de una obligación pecuniaria son imputables al deudor?. Si la respuesta es afirmativa habrá que preguntarse si se trata de una especialidad de las obligaciones pecuniarias o si más bien es resulta que efectivamente nuestro Código sigue por principio un sistema de responsabilidad objetiva por el incumplimiento. Si fuera éste último y no existe tal especialidad, querría decir que tienen razón todos aquellos autores que opinan, y aquí se comparte totalmente, que no existen criterios de imputación, sino que única y exclusivamente hay un criterio de exoneración: el caso fortuito y que en tanto en cuanto el deudor no pruebe que la imposibilidad temporal de hacer el pago se debió a una causa que no le es imputable, estará sujeto a la indemnización. Por otro lado, se debe analizar si efectivamente es una liquidación de mínimos que realiza el legislador o es *forfetaria* y automática y no admite prueba de un daño mayor. En último lugar, se debe estudiar la incidencia de la devaluación monetaria como un riesgo que debe necesariamente soportar una de las partes de la relación obligatoria.

Las obligaciones que tienen como objeto una suma de dinero sólo pueden ser susceptibles de un incumplimiento temporal. La obligación dineraria, por su propia naturaleza, es de carácter genérico, es la obligación genérica por excelencia y, en consecuencia, aunque su cumplimiento puede verse afectado por un caso fortuito¹, éste siempre dará lugar a una imposibilidad temporal, pero nunca definitiva o total de cumplir (si se toma como criterio de clasificación la posibilidad e idoneidad de un cumplimiento posterior y tardío) y, además, el único tipo de infracción posible es el retraso en el cumplimiento (tomando como criterio la circunstancia o modalidad contractual que ha quedado incumplida). Pues bien: en este trabajo se defenderá que si el artículo 1.108 del Código civil prevé como presupuesto necesario para la indemnización de los daños por incumplimiento de la obligación pecuniaria la previa constitución en mora del deudor no es con la finalidad de trasladarle los riesgos, que lo hace necesariamente, sino que una vez más utiliza este momento como criterio de determinación del incumplimiento de la obligación pecuniaria. Las obligaciones pecuniarias sólo pueden ser incumplidas, ya se ha dicho, retrasadamente², pero, como se explicó más arriba, el retraso no es siempre relevante para el Derecho. Sólo aquellos retrasos que constituyan ilícitos obligacionales, infracciones del derecho de crédito o, si se quiere, incumplimientos de la obligación tienen relevancia jurídica. Para determinar el momento en que el retraso deviene ilícito contractual y, en consecuencia, generador

¹ Se niega en este estudio la aplicación estricta, que algún sector doctrinal ha pretendido, de la regla *genus nunquam perit* en el sentido de que no puede dar lugar al caso fortuito.

² El cumplimiento parcial de la obligación pecuniaria, como ya se vió, da lugar a que se tenga por cumplida la parte pagada a tiempo y como incumplida la otra. En el momento en que se concrete el momento del incumplimiento, que se hará a través de la exigencia del pago por parte del acreedor (interpelación), el deudor estará en mora y surtirán todos los efectos de la responsabilidad por incumplimiento, tanto los referentes a los daños, como aquello que regulan los riesgos.

de las consecuencias o efectos generales de la responsabilidad del deudor, es requisito indispensable que la obligación haya vencido y que haya sido exigida. El vencimiento es necesario, porque de lo contrario si el deudor paga estará haciendo un pago anticipado y no podrá repetir lo pagado, aunque si ignoraba la existencia del plazo tendrá derecho a reclamar del acreedor un descuento igual a los intereses que haya podido percibir por el tiempo que media entre el pago efectivo y el vencimiento de la obligación (art.1.126 C.c.). La exigencia efectiva del acreedor reclamando el cumplimiento de la obligación, por su parte, es indispensable si la ley no establece nada o si las partes nada han pactado al respecto, ya que si convienen en que con la simple llegada del término de cumplimiento el deudor correrá con los riesgos o pagará intereses por la suma adeudada, el problema se simplifica por la aplicación de la regla *dies interpellat pro homine*: El incumplimiento queda concretado con el vencimiento del término pactado y a partir de ese momento el deudor queda sujeto a todas las consecuencias que se derivan de la responsabilidad. Se habla de constitución en mora del deudor de la obligación pecuniaria precisamente para negar la relevancia jurídica de los simples retrasos. Es necesario para el legislador de 1889 que la infracción de la obligación sea considerada jurídicamente como un incumplimiento obligacional y la única manera que existe para fijarlo, cuando las partes no han pactado algo distinto, es que el acreedor exija efectivamente el pago de su crédito. Hasta entonces, el retraso que sufra el cumplimiento de la obligación no será considerado causa de responsabilidad por parte del ordenamiento jurídico. Esta regla sólo sufre las excepciones previstas en los dos números del segundo párrafo del artículo 1.100 (mora automática). La importancia de la constitución en mora como criterio de determinación del ilícito obligacional se ve más claramente si se tiene en cuenta que el devengo de los intereses moratorios comienza automáticamente desde ese momento, desde el mismo instante que se considera al deudor responsable jurídicamente de la falta de cumplimiento.

"La indemnización consistirá en el pago de los intereses convenidos, no habiendo pacto en contrario" dice literalmente el artículo 1.108, lo que significa que las partes pueden pactar la modalidad de indemnización por incumplimiento que tengan por conveniente y éste pacto debe anteponerse a la previsión que realiza el precepto. Los intereses a que alude esta norma son los intereses moratorios, que no tienen otra función que no sea la de compensar o reparar los daños causados por el incumplimiento de la obligación pecuniaria. No se ve problema alguno en admitir que pueden devengarse automáticamente desde el momento que fijen las partes, en virtud del principio *dies interpellat pro homine* y que llegado el término de cumplimiento fijado convencionalmente se entienda incurso en mora al deudor o lo que es lo mismo, que se le considere incumplidor. Ahora bien. ¿qué ocurre si las partes pactaron intereses retributivos con la finalidad de remunerar al acreedor por la falta de goce de los frutos de la suma de dinero entregada y el deudor incumple su obligación?. Se comparte con DIEZ-PICAZO¹ la opinión de que en este caso el simple pago de los intereses no es otra cosa que retribución y no constituye, por consiguiente, indemnización del lucro cesante, por lo que habrá que entender aplicable a tales casos el artículo 1.109 sobre intereses de intereses, como se dijo más arriba.

En resumen, se puede concluir que la interpretación que debe dársele al artículo 1.108 es la de que contiene una norma de carácter eminentemente dispositivo acerca de la reparación de los daños causados por el incumplimiento de una obligación pecuniaria. Que las partes pueden pactar otro sistema de indemnización distinto al del devengo de

¹ Vid., comentario al artículo 1.108 del Código civil, "Comentario del Código civil del Ministerio de justicia, op.cit. pág.63.

intereses *moratorios* (v.gr. una suma alzada, "en caso de incumplimiento del deudor pagará al acreedor un millón de pesetas en concepto de indemnización). Que además, pueden convenir que con la sola llegada del plazo fijado el deudor sea responsable por el incumplimiento obligacional en virtud de la máxima *dies interpellat pro homine*. Si no existe pacto sobre la indemnización, deberá entenderse, en primer lugar, que los intereses convenidos por las partes cubren los daños y perjuicios por el incumplimiento y que a falta de pacto, se deberá el interés legal del dinero. Si las partes no han fijado que con el sólo vencimiento del término de cumplimiento el deudor será responsable, si la ley específica que regula la relación obligatoria tampoco dice nada al respecto o si de la propia naturaleza de la obligación no se deduce que la designación de la época en que debía entregarse la cantidad fué el motivo determinante para establecer la obligación (los tres supuestos exoneradores del requisito de la intimación como criterio necesario para fijar el momento del incumplimiento obligacional) es necesario que el acreedor exija el cumplimiento al deudor o lo que es lo mismo le intime. A partir de ese momento se entenderá incumplidor y será deudor no sólo de la suma debida sino del interés pactado o legal.

Tras esta explicación es conveniente analizar la posibilidad del acreedor de probar que el incumplimiento del deudor le ha irrogado un daño mayor del que se cubre con el interés legal y si ésta posibilidad también ha de predicarse del interés convencional pactado para el caso del incumplimiento.

2.- La admisión de la prueba del mayor daño mediante la fórmula general del artículo 1.107 del Código civil.

Se reconoce unánimemente por la doctrina que el artículo 1.108 del Código civil en comparación con el 1.107 establece un privilegio del acreedor de una suma pecuniaria en orden a la indemnización de los daños y perjuicios por el incumplimiento, puesto que se le exonera de la carga de probar los daños. Por el solo hecho de no haber recibido la suma en el momento previsto para ello, el legislador presume que se le han irrogado daños. El problema al que ahora toca enfrentarse es la de si esta presunción en la que se asienta la regla de la automaticidad de la indemnización del 1.108 es *iuris tantum* y, en consecuencia, admite la prueba por parte del acreedor de otros daños o de un daño mayor al que se cubre con los intereses moratorios convencionales o legales (lo que llevaría a afirmar que también es *iuris tantum* para el deudor que puede destruirla probando que el daño es menor o inexistente) o si se trata de una indemnización tasada legalmente que no admite ningún tipo de prueba, dado el privilegio que supone para el acreedor. Además, debe averiguarse si la norma al ser de carácter dispositivo puede ser susceptible de no aplicarse al incumplimiento de la obligación pecuniaria, aunque nada se haya pactado al respecto por las partes y acogerse a la regla general del artículo 1.107 del Código civil.

La primera pregunta que uno se hace cuando piensa en el sentido de esta norma es la de si efectivamente se trata de un privilegio para el acreedor de una suma de dinero. Inevitablemente se ha de responder que si se trata de una regla indemnizatoria

que no admite prueba alguna por parte del acreedor no se puede hablar de privilegio (*favor creditoris*), sino que más bien se trata de un disfavor, puesto que, en ocasiones, puede que el interés legal, no cubra todos los daños que se le causen al acreedor con el incumplimiento. Además, se estaría protegiendo de un modo ilógico e infundado los comportamientos dolosos, ya que el deudor estaría obligado siempre y únicamente a abonar en concepto de indemnización una suma fijada *forfetariamente* que no puede variar. Desde el mismo momento de la constitución de la obligación el deudor puede, sin alteración alguna en cuanto a la cantidad indemnizatoria, incumplir dolosamente e ocasionar deliberada y voluntariamente daños al acreedor respondiendo únicamente del interés legal o convencional de la suma que adeuda. El disfavor se produciría, por otro lado, respecto de los demás acreedores de obligaciones que no lo sean de una deuda dineraria, puesto que éstos siempre tienen la posibilidad de aportar la prueba de los daños realmente sufridos y del comportamiento doloso del deudor. Por estos motivos es conveniente afirmar que si efectivamente en la *mens legislatoris* estaba establecer un privilegio para el acreedor de una suma de dinero lo era porque presume o más bien sienta el principio de que la falta de pago de una cantidad de dinero siempre produce un daño, aunque sea mínimo. Este daño mínimo necesariamente se concreta en los frutos que ha dejado de percibir, es decir, los intereses del dinero. Es la dificultad de determinar su cuantía mínima lo que lleva al legislador de 1889 a fijarla en el interés legal del dinero que, sin duda, es lo que mínimamente obtendría un acreedor que, sin haber pactado nada al respecto, invirtiera esta cantidad. El privilegio consiste, entonces, en la exención del acreedor de probar el daño mínimo, pero con ello no se le niega la posibilidad de solicitar una indemnización distinta si prueba el daño mayor que ha sufrido por el incumplimiento del deudor. Que sea automática la obligación de pagar los

intereses legales, cuando nada se ha pactado al respecto no significa, como ya se ha explicado, que sea automática la constitución en mora del deudor de una obligación pecuniaria, ni que se rechace la posibilidad de probar un daño mayor al que la ley presume. Pero ¿la regla del daño mínimo del artículo 1.108 del Código civil es *iuris et de iure* o admite prueba en contrario por parte del deudor?. Creo que para otorgarle el carácter de privilegio es necesario que se trate de una presunción legal que no admite destrucción, puesto que de lo contrario no se puede predicar especialidad y privilegio alguno para el acreedor respecto de los demás acreedores de otro tipo de obligaciones. El dinero, por su propia naturaleza es un bien productivo y de gran importancia práctica para el mercado y las relaciones económicas. Si produce fruto y no es disfrutado por su legítimo propietario es lógico que el ordenamiento articule un sistema de equilibrio económico entre los sujetos de las relaciones obligatorias en el que esta falta venga compensada o indemnizada por quien está ilícitamente gozando de lo ajeno. El legislador ha optado por la fórmula de la indemnización mínima que como privilegio que es, no admite prueba en contrario, pero que no obstaculiza la posibilidad, como en cualquier otro tipo de obligación incumplida, de probar un daño mayor mediante la fórmula general del artículo 1.107. En el caso de que el acreedor no consiga aportar la prueba del daño realmente sufrido deberá contentarse con el mínimo legalmente establecido, es decir, el interés legal del dinero.

En el caso de que hayan sido las partes de la relación obligatoria las que hayan pactado un sistema de indemnización distinto al legal, bien mediante intereses convencionales, bien mediante un tanto alzado o fijo (cláusula penal), no creo que deba imposibilitarse la prueba de un daño mayor al previsto cuando el comportamiento

seguido por el deudor en el cumplimiento de su obligación haya sido doloso (art.1.107.1º C.c.). Por el contrario, el acreedor no podrá pedir una indemnización mayor a la pactada, porque el segundo párrafo del artículo 1.107 sólo hace responder al deudor no doloso o de buena fe de los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar.

En cuanto al riesgo de la devaluación monetaria ocurrido durante la mora, me parece que es oportuno tratarlo como un daño más derivado del incumplimiento de la obligación pecuniaria, de tal modo que si fué previsto o era previsible la incidencia de una posible devaluación (por ejemplo, porque el acreedor era extranjero y expresó su pretensión de realizar un cambio de moneda a la que tiene curso legal en su país de origen) debe incluirse en el mayor daño del que se ha hablado, pero sí excede del ámbito de previsibilidad al que hace referencia las reglas indemnizatorias contempladas en el artículo 1.107 no podrá ser esgrimido como daño mayor del interés moratorio que tasa el artículo 1.108. En cuanto al riesgo que supone una alteración en el poder adquisitivo del acreedor de la suma de dinero ocurrido antes de la mora, es necesario afirmar que debe asumirlo el propio acreedor, que es un riesgo inherente a su crédito y no podrá pedir indemnización alguna por este motivo, porque el deudor no ha cometido todavía ningún ilícito en el cumplimiento de la obligación. Sólo mediante la constitución en mora del deudor se le traslada este riesgo de devaluación, siempre salva la posibilidad de que convencionalmente no hayan pactado otra cosa, porque ha incumplido y sólo en la medida que el acreedor pruebe (se trata de un daño mayor al liquidado legalmente) que se trata de una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento temporal de la obligación pecuniaria. Parece, en definitiva, que también en materia de riesgos las obligaciones pecuniarias siguen un régimen especial.

VI.- LA *PURGATIO MORAE* O CESE DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MORA DEL DEUDOR.

1.- La noción de *purgatio morae* o cese de la situación jurídica de mora del deudor.

El artículo 1.100 del Código civil establece cómo y desde cuándo empieza la situación de mora o de traslación de riesgos al deudor, pero no dice nada acerca del momento en que finaliza esta situación. Parece que se deberán aplicar las reglas generales sobre la extinción de las obligaciones. La situación de mora, contemplada desde su perspectiva provisional o temporal puede finalizar o con el cumplimiento de la obligación o con el incumplimiento definitivo de la misma. La doctrina tradicional suele diferenciar la *purgatio morae* del cese de la mora, siendo la primera un tipo específico del segundo. La purga de la mora sólo tiene lugar mediante el cumplimiento tardío o posterior, mientras que el cese o finalización de la mora ocurre por cualquier causa que extinga la obligación (prescripción, compensación, mora creditoris, etc.) o bien por la voluntad del acreedor de hacer esta situación mediante el otorgamiento de un nuevo plazo para el cumplimiento tardío de la obligación (novación) o por la condonación de la deuda. La consecuencia inmediata del cese de la mora es que los riesgos de los casos fortuitos dejan de estar a cargo del deudor y retoman a su situación inicial, es decir, cada sujeto de la relación obligatoria todavía subsistente asumirá los riesgos inherentes a su obligación.

Cuando se estudia este tema surgen inevitablemente algunos interrogantes: ¿basta el ofrecimiento de la prestación por parte del deudor para hacer extinguir la mora o es necesaria su entrega o realización efectiva?, ¿qué ocurre si el acreedor se niega o rechaza el cumplimiento tardío de la obligación?, ¿está facultado el acreedor que ha optado por el cumplimiento tardío, y ha constituido en mora al deudor, resolver el contrato aunque la prestación sea todavía posible de ejecutarse o basta que carezca de interés en él?. Las causas por las que finaliza la situación de especial responsabilidad del deudor incumplidor no han sido objeto de estudio detallado por parte de nuestros autores seguramente porque se trata de las mismas causas por las que se extinguen las obligaciones no perpetuadas.

2.- Causas que originan el fin de la situación de mora del deudor.

Para llevar a cabo un análisis detallado de las causas por las que finaliza la mora del deudor sería necesario estudiar por separado todas y cada una de las causas por las que se extingue la relación obligatoria y no es éste el lugar oportuno para hacerlo. Por ello, este epígrafe se dedicará a tratar el tema desde un punto de vista general.

El artículo 1.156 del Código civil enumera las causas por las que se extinguen las obligaciones y éstas son: el pago o cumplimiento, la pérdida de la cosa debida, la condonación de la deuda, la confusión de los derechos de acreedor y deudor, la compensación y la novación. De todas ellas, sólo se debe exceptuar como causa que no purga la mora la pérdida de la cosa debida, puesto que es precisamente este efecto el

que se persigue con la constitución en mora del deudor. Sólo a la pérdida provocada por un suceso no fortuito, es decir imputable al acreedor o a un tercero del que no debe responder el deudor moroso, extinguirá la mora del deudor.

Sobre el pago o cumplimiento, se debe afirmar que para que éste efectivamente libere al deudor de toda su responsabilidad es necesario que cumpla con todos y cada uno de los requisitos del pago. El artículo 1.096.III dispone que el deudor constituido en mora corre con los riesgos fortuitos de la cosa hasta que realice la entrega y, en consecuencia, se puede presumir que es la entrega efectiva de la cosa o la realización del servicio lo que hace extinguir la mora. Ahora bien, si se lleva a cabo la ejecución forzosa a expensas del deudor, ésta deberá purgar igualmente esta situación de especial responsabilidad. Pero el problema con el que hay que enfrentarse cuando se habla del pago o cumplimiento es el de la idoneidad o no del ofrecimiento de cumplimiento por parte del deudor. En mi opinión, para resolverlo es necesario recurrir a las normas del Código que prevén este supuesto y aplicarlas fielmente. El sólo hecho del ofrecimiento de pago por el deudor no extingue la obligación, ni se equipara al cumplimiento, salvo en aquellas obligaciones en las que el deudor cumple poniendo la prestación a disposición del acreedor (obligaciones *querables*). En los demás tipos de obligaciones, es necesario que el acreedor rechace injustificadamente la prestación y que el deudor moroso consigne debidamente el objeto de la prestación. A partir de ese momento la obligación quedará extinguida y desde luego finalizará la situación de mora del deudor. Pero ¿el hecho mismo de que el acreedor haya rechazado el pago injustificadamente y, en consecuencia, incurra en *mora credendi* hace cesar la *mora debitoris* aunque el deudor no haya hecho la entrega efectiva de la prestación o es necesaria ésta última?.

Se comparte con CABALLERO LOZANO¹ la opinión de que únicamente en aquellas obligaciones para cuyo cumplimiento sea necesaria la colaboración del acreedor será posible hablar de *mora creditoris* y con ella se purgará la del deudor. La mora del acreedor es un medio de protección del deudor frente a los excesos injustificados del acreedor. Si el deudor está obligado a cumplir su obligación, también tiene el correspondiente derecho de liberarse de ella, algo que, en ocasiones, sólo puede venir dado mediante la cooperación del titular del derecho de crédito. La falta injustificada de ésta tras el ofrecimiento de pago por el deudor origina la mora del acreedor y la purgación de la del deudor, aunque éste continúe obligado al efectivo cumplimiento que podrá llevarlo a cabo mediante la consignación judicial de lo debido.

Para que la condonación extinga la deuda y, consiguientemente, haga cesar con todos sus efectos la situación de mora del deudor, es necesario que cumpla con todos los requisitos que el Código civil exige como medio solutorio.

En cuanto a la confusión se debe analizar el supuesto contemplado en el último párrafo del artículo 1.100 del Código civil sobre la constitución en mora en las obligaciones sinalagmáticas, es decir, ¿qué ocurre cuando los dos sujetos de la relación obligatoria son deudores y acreedores recíprocamente?. Parece que hay que concluir que si lo son por causa de una misma relación obligatoria habrá de aplicarse lo dispuesto en esta norma: ninguno de los dos caerá en mora hasta que uno de ellos cumpla lo que le incumbe. Pero, si lo son en virtud de distintos créditos, aunque homogéneos, no parece que la mora de uno purgue la del otro, puesto que los riesgos de los que han de

¹ Vid, *La mora del acreedor*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 347.

responder son de naturaleza diversa. Cada uno será moroso de su deuda, sin que quepa en este supuesto la compensación de moras.

Por lo que respecta a la novación extintiva de la obligación, hay que admitir que la mora del deudor puede purgarse si por la propia voluntad del acreedor se le otorga un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación. Ahora bien, es doctrina mayoritaria¹ que si el acreedor otorga un nuevo plazo de cumplimiento renuncia a los efectos de la mora y especialmente, tratándose de obligaciones pecuniarias, al devengo de los intereses moratorios. Se mantiene intacta la obligación originaria, la prestación principal, pero se renuncia o desaparecen *ex nunc* todos los efectos de la mora anterior. En mi opinión, ésto sólo puede suceder si del acto del otorgamiento del nuevo plazo se puede deducir, sin lugar a dudas, que la voluntad del acreedor ha sido renunciar a los efectos de la mora, que, por decirlo de algún modo, ha condonado al deudor la obligación de responder de los fortuitos y de abonar los intereses moratorios, porque de lo contrario se tratará del ejercicio normal de la acción de cumplimiento que no lleva consigo renuncia alguna, sino, por regla general, la fijación de un plazo para el cumplimiento tardío.

¹ *Vid.*, el estudio de GRAMUNT FOMBUENA en este sentido, *op.cit.*, pág.171.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La *mora debendi* es una institución que tiene su origen en seno del Derecho romano clásico y que nace como solución a un problema de riesgos contractuales. Al deudor incumplidor sólo se le consideraba responsable del incumplimiento si la cosa debida subsistía al tiempo de interponerse la acción de Derecho estricto (acciones que tenían por objeto una *stipulatio de dare o reddere un certa res*). En el caso de que la cosa pereciera antes de la *litis contestatio*, el juez forzosamente debía pronunciar la absolución (*non paret Titium servum Stichum dare oportere*). Con el fin de solucionar dos situaciones especialmente injustas: que la cosa se hubiera perdido por la conducta reprochable del deudor o cuando debió haberla ya entregado, los jurisconsultos romanos idearon la ficción de la *perpetuatio obligationis*. En estos dos supuestos se debía proceder como si la cosa debida subsistiese aún al tiempo de la *litis contestatio* y se le debía dar al *dare oportere* de la fórmula de la acción un contenido afirmativo, condenando al deudor a abonar el importe del valor de la cosa.

Fuera de esto, nada concluyente se puede extraer de las fuentes, salvo que para hablar de *mora debitoris* lo único que se exigía era la existencia de una obligación vencida, exigible e incumplida. Todos los demás requisitos que tradicionalmente se atribuyen a la herencia del Derecho romano, o bien son el resultado de interpolaciones realizadas en una época romana posterior o son de creación medieval.

La exégesis del Derecho justinianeo y bizantino, altamente interpolado, que llevan a cabo los glosadores en el Derecho común introduce, con grandes discusiones entre ellos, nuevos requisitos para la *mora debendi* como son la interpelación, la liquidez o la culpa, y distingue ya, aunque muy netamente, los supuestos de *mora ex persona* o mediante interpelación y *mora ex re* o automática. En España, aunque en las leyes de esta época del Derecho común no aparece el término "mora", "interpelación" o cualquier otra palabra con la que hasta ahora se expresaba esta especial situación del deudor incumplidor, se ha comprobado por los exégetas que aparece esta situación en todos aquellos supuestos de pérdida o menoscabo de la cosa prometida, lo que reafirma la finalidad que tenía este instituto jurídico.

La doctrina del Derecho romano postclásico y las interpretaciones de los glosadores se consolida definitivamente en la época de la codificación. Son los padres de los primeros códigos europeos quienes plasman en normas generales y no casuísticas todas las reglas recibidas de los antiguos juristas. La diferencia entre los ordenamientos de raíz germánica y romana, tantas veces esgrimida, no se deja apreciar sino mínimamente en la legislación de este instituto, ya que en lo único que se diferencian estos dos tipos de códigos es en la aplicación de la máxima "*dies interpellat pro homine*".

SEGUNDA: "Mora" y "retraso" no son términos que necesariamente han de coincidir. No son sinónimos. Retraso hay si, llegado el momento de

cumplimiento (llegado el vencimiento de la obligación), el deudor no ha cumplido lo pactado. Sin embargo, en situación de mora se encuentra aquel deudor incumplidor al que se le ha exigido el cumplimiento, salvo que la ley o las partes hayan prescindido de este requisito expresa o tácitamente. Pero el significado de realizar tal interpelación o no hacerlo es sola y exclusivamente uno: fijar el momento del incumplimiento para, entre otras cosas, trasladarle al deudor todos los riesgos fortuítos que puedan afectar a la tardía ejecución de la prestación (la llamada "*perpetuatio obligationis*") cuando no han sido ya atribuidos legalmente o repartidos convencionalmente. Y ésto tiene sentido si se tiene en cuenta que al acreedor, que no está obligado a admitir un cumplimiento posterior o tardío, porque puede desistir del contrato, se le otorga esta medida para la protección de sus intereses.

TERCERA: Del artículo 1.101 del Código civil se deduce que, ejemplificativamente, hace alusión a cuatro fenómenos distintos de contravención o incumplimiento obligacional: dos de tipo objetivo (morosidad o cualquier contravención) y dos de tipo subjetivo (dolo y culpa), y de ello se debe afirmar que contempla un sistema de responsabilidad por daños absolutamente objetivo, lo que no significa negarle relevancia a los motivos subjetivos, que naturalmente se acogen, sino más bien admitir la eficacia de los meramente objetivos. Es decir, que para que la contravención del tenor de la obligación dé lugar a la obligación de resarcir los daños que haya causado, únicamente es necesario que el acreedor que los reclame pruebe la existencia de la obligación y el nexo de causalidad entre el incumplimiento y los daños que alega haber sufrido (art.1.1214 C.c.) y, si

además demuestra que el deudor actuó con dolo, se agravará esta responsabilidad. Hay que admitir que se le quiera denominar en general incumplimiento culposo (con el fin de contraponerlo al doloso) o se quiera ser más estricto en la terminología utilizada y dividirlo en culposos-negligentes y objetivos, lo cierto es que en nuestro ordenamiento sólo se contemplan de manera diferenciada las contravenciones dolosas y las no dolosas, las de mala fe y las que no lo son.

Para el ordenamiento jurídico español, al igual que para la inmensa mayoría de los extranjeros de su entorno, la sólo contravención de la obligación es fundamento suficiente para generar algunas consecuencias jurídicas, que se engloban en la idea de "responsabilidad". El incumplimiento de la obligación generador por sí solo de responsabilidad afecta a los dos ámbitos integradores de la misma. Al sistema de daños (artículos 1.101 C.c. y siguientes) y al sistema de riesgos (artículos 1.096.3ª, 1.100 y 1.182 C.c. y siguientes). El único límite legal de ambos, porque lo es de la responsabilidad (artículo 1.105 C.c.) es el caso fortuito y, además y esto es importante, siempre que la ley o las partes no hayan establecido algo diverso. El problema de la responsabilidad contractual es el del contenido de la prueba del caso fortuito como único criterio de inimputabilidad del deudor por el incumplimiento de la obligación.

CUARTA: Ante una lesión de su derecho de crédito, el acreedor está facultado para ejercitar todas y cada una de las medidas de protección que el ordenamiento jurídico pone a su disposición. Entre ellas se deben citar la pretensión de cumplimiento tardío, la resolución del contrato si se trata de

obligaciones sinalagmáticas, la indemnización de los daños y perjuicios y la perpetuación de la obligación o traslación de los riesgos fortuitos al deudor incumplidor. El legislador mediante la institución de la mora del deudor regula esta posibilidad de traslación de los riesgos, lo que significa en la práctica que desde el momento en que se entienda constituido en mora al deudor (es decir en que se le hayan traspasado los riesgos), no podrá exonerarse de responsabilidad, ni su obligación se extinguirá por cualquier tipo de imposibilidad sobrevenida. No se trata de una sanción al deudor, como tradicionalmente viene entendiendo la doctrina, sino de un medio de defensa del derecho de crédito lesionado.

QUINTA: Si para ejercitar las medidas de defensa del derecho de crédito lesionado es necesaria la "lesión" o el incumplimiento de la obligación, lógicamente para trasladar los riesgos fortuitos, como efecto más de la responsabilidad por incumplimiento, será necesario que exista tal infracción. Con la interpelación o efectiva exigencia del cumplimiento por parte del acreedor se fija el momento del ilícito obligacional. Para que el deudor incumpla es menester que el acreedor le haya reclamado el cumplimiento. Con esta reclamación comienza a surtir efecto la responsabilidad y con ella tiene la lugar, entre otros, la *perpetuatio obligationis*, siempre además que el deudor no tenga atribuidos por otra causa los riesgos fortuitos. Antes de la reclamación o interpelación a nada está obligado el deudor, ni de nada se le puede responsabilizar, porque el ordenamiento no da relevancia a los "simples retrasos". Son muchos los juristas que configuran el retraso en el cumplimiento relacionándolo con la constitución en mora del deudor y, viceversa, que conceptúan la constitución en mora siempre y únicamente

en relación al retraso en el cumplimiento. Sin embargo, el hecho de que el incumplimiento retrasado sea susceptible, en algunos casos, de un cumplimiento exacto posterior no ha de significar necesariamente que la mora sólo se predique de los retrasos en el cumplimiento, ni que el retraso no tenga más efecto jurídico que el que se produce con la constitución en mora. Los retrasos son lesiones del derecho de crédito, que se clasificarán en definitivos o temporales si se aplica el criterio de la posibilidad de ejecución posterior, pero igualmente tienen este carácter todos aquellos incumplimientos de los que se predique su temporalidad. Y si la ejecución es posible e idónea para satisfacer su interés, los acreedores de estas obligaciones incumplidas podrán situar en mora a los deudores. El retraso contemplado como lesión del derecho de crédito ha de tener todas las consecuencias que se conectan a los demás tipos de incumplimiento y no únicamente la constitución en mora.

SEXTA: El sentido de la norma contenida en el primer párrafo del artículo 1.100 del Código civil es el contrario al que tradicionalmente se le viene dando. Está resolviendo el problema de determinación del momento en que surte efecto la traslación de los riesgos fortuitos, como efecto de la responsabilidad del deudor por incumplimiento, en las obligaciones puras, con condición suspensiva o con plazo inicial de cumplimiento, en las que no ha existido una previa atribución legal o reparto convencional al deudor de los riesgos fortuitos. Como no se puede imputar ningún caso fortuito a un deudor que, aún siéndolo, en rigor todavía no está obligado a nada (salvo a garantizar el cumplimiento posterior), porque no ha llegado el vencimiento de su obligación (vencimiento que provoca la exigibilidad

de la obligación a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.125 C.c.), es necesario articular un mecanismo para la atribución posterior del mismo. Vencido el plazo, el deudor puede cumplir, sin que se trate de un pago anticipado y el acreedor, en principio, no se puede negar a recibir el pago, pero si el deudor no lo hace, no podrá en esencia hablarse de incumplimiento, porque para ello es necesario, tratándose de obligaciones con plazo que no sea final, con condición suspensiva o puras, que el acreedor haya exigido el cumplimiento. A partir de ese momento, no sólo se entenderá que existe incumplimiento, siempre que el deudor continúe sin realizar la prestación debida, sino además el acreedor que ha incurrido en mora y, en consecuencia, los fortuitos no le exonerarán de responsabilidad, ni extinguirán su obligación. Pero hay que tener siempre presente que el acreedor, que ha exigido el cumplimiento y no ha visto colmadas sus expectativas, estará legitimado para ejercitar cualquier remedio que el ordenamiento le otorga para la defensa de sus intereses. La regla de distribución de riesgos prevista por el legislador equivale a *periculum est debitoris* y no a *periculum est creditoris* cuando ha habido un estricto incumplimiento obligacional y del convenio pactado por las partes, de la ley que regula especialmente esta relación o de la propia obligación asumida por el deudor nada se puede deducir (art.1.128 en relación con el art.1.100.II. C.c.).

SEPTIMA: La constitución en mora es la figura jurídica creada por el legislador como vehículo de traslación de los riesgos fortuitos al deudor incumplidor cuando nada se haya previsto por las partes o por la propia ley que regula la relación obligacional. Pero al deudor no solamente se le atribuyen los

riesgos fortuitos que puedan afectar a la relación obligatoria cuando se le constituye en mora, sino que la situación de *perpetuatio obligationis* aparece en otros tantos supuestos que el propio ordenamiento contempla. Así, por ejemplo, cuando se ha transmitido doblemente una misma cosa (art.1.096.III C.c.), cuando el deudor de mala fe ha aceptado un cobro de lo indebido (art.1.896 C.c.), cuando la cosa debida procede de delito o falta (art.1.185 C.c.) y, de manera general, en todos aquellos supuestos expresamente mencionados en la ley y en los que así lo declare la obligación, además, de aquellos en los que de este modo lo hayan pactado las partes contratantes (art.1.100.II.C.c.).

OCTAVA: El único presupuesto de la constitución en mora que con carácter general ha de ser analizado para afirmar la eficacia de la traslación de los riesgos al deudor, y siempre que la ley, las partes o la obligación no establezcan otra cosa, es el del incumplimiento de la obligación positiva. Estudiar la liquidez de la deuda, la imputabilidad del incumplimiento al deudor, el vencimiento y la exigibilidad no deja de tener interés para llevar a cabo un estudio riguroso del incumplimiento de las obligaciones, pero no es necesario para hablar estrictamente de la mora del deudor. Son todos ellos presupuestos integrantes de la calificación jurídica del incumplimiento. La mora es un efecto más de la responsabilidad del deudor por su incumplimiento y como tal comparte los requisitos esenciales de los demás efectos que éste origina. ¿Cuándo despliega estos efectos la responsabilidad del deudor por el incumplimiento?. Con el incumplimiento mismo, sin necesidad de requisito alguno añadido. El deudor que incumpla es responsable y deberá

soportar, salvo que pruebe la incidencia de una imposibilidad sobrevenida que le hace inimputable, las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, pero esta prueba no es posible llevarla a cabo si por cualquier causa se le ha imputado el riesgo del caso fortuito. El acreedor debe probar, en caso de litigio, la existencia de la deuda (art.1.214 C.c.), vencida y exigida, porque de lo contrario no existirá ilícito obligacional alguno.

NOVENA: Aunque el segundo párrafo del artículo 1.100 del Código civil haga únicamente referencia a dos excepciones a la constitución en mora mediante interpelación, están redactados a título ejemplificativo, es decir, en cada uno de ellos se puede incluir distintos casos en los que ha de entenderse que el deudor corre con los casos fortuitos o que ya está incurso en mora. Las excepciones contemplan los criterios que ha tenido en cuenta el legislador para que de manera general se excluya este requisito, que no hace más que determinar o concretar el momento del incumplimiento. El primer criterio es el legal y lo integran todos aquellos casos concretos en lo que la ley imponga expresamente al deudor la obligación de asumir los riesgos sobrevenidos fortuitamente. El siguiente criterio es el que deriva del principio general de la autonomía de la voluntad, en el que se deben incluir todos los pactos que sobre los riesgos y el momento a partir del cual se entienden distribuidos hayan convenido las partes contratantes en el momento de constitución de la obligación o en uno posterior. El tercer y último criterio es el de la propia naturaleza de la obligación que se ha asumido, tanto en lo referente a sus circunstancias de lugar y tiempo, como al del objeto de la obligación. Se trata, en éste último, de ciertos tipos de obligaciones en las que no

existe pacto, ni ley que regule el momento en que deben ser cumplidas porque el tiempo de cumplimiento se desprende de su propia naturaleza. Son obligaciones que se asumen atendiendo precisamente a la época en que deben realizarse y que si no se llevan a cabo entonces, carecen de interés y de utilidad para el contratante que debe gozar de ellas. La atribución de los riesgos que pueden afectar al correcto y tempestivo cumplimiento de estas obligaciones viene asumido y repartido ya con el nacimiento de la obligación, de tal manera que el deudor no puede excusar la falta de cumplimiento de las mismas, porque debió prever y evitar las consecuencias de tal evento. El problema ha surgido de contemplar siempre la mora como una traslación de los riesgos posterior al incumplimiento y no imaginar que su reparto puede venir dado con el propio nacimiento de la obligación o que es inherente a la obligación misma. Tal como dice el artículo 1.101 del Código civil, el deudor responde de los daños de su morosidad y ésta puede darse mediante la constitución en mora, entendida en su sentido estricto de efecto posterior al incumplimiento concretado mediante la exigencia de la obligación o requerimiento, o en sentido amplio, entendida como todos aquellos supuestos en los que la ley establece que no hace falta este momento para que se entiendan asumidos.

DECIMA: El último párrafo del artículo 1.100 del Código regula la constitución en mora del deudor de una obligación sinalagmática de cumplimiento simultáneo. La naturaleza especial de este tipo de obligaciones, unidas por un sinalagma que es genético y funcional, obliga a afirmar que basta con que uno de los obligados cumpla lo que le incumbe para que empiecen los efectos de la

responsabilidad por incumplimiento para el otro. El incumplimiento en este tipo de obligaciones se verifica o viene determinado con el recíproco cumplimiento de una de las partes y, en consecuencia, no es necesario, dado que son de cumplimiento simultáneo, requerir la efectiva exigencia de la obligación, porque ésta viene requerida en el momento en que la parte cumple con su obligación y la otra no le es respectiva o no le corresponde. A las obligaciones recíprocas de cumplimiento no simultáneo (en las que se aplaza la ejecución de una de ellas) hay que aplicarles el régimen general de constitución en mora previsto en los párrafos anteriores del artículo 1.100 del Código civil (tanto el de mora *ex re* como el de mora *ex persona* dependiendo del caso concreto de que se trate), porque en todo caso, un cumplimiento/incumplimiento siempre es cronológicamente anterior al otro y el problema se resuelve con las normas que anteceden.

DECIMO PRIMERA: Las obligaciones que tienen por objeto dar una suma cierta de dinero siguen un régimen especial en lo que se refiere a la indemnización de los daños causados por su incumplimiento. La regla contenida en el artículo 1.108 del Código civil no contempla un supuesto de constitución en mora de las obligaciones pecuniarias, sino de determinación y cuantificación del daño provocado por el incumplimiento de las mismas. Requiere que el deudor esté constituido en mora, es porque si al deudor, retrasado en el cumplimiento de su obligación (único modo de incumplir este tipo de obligaciones), no se le exige el cumplimiento, no habrá incumplido, en principio, su obligación (salvo que se haya pactado un término final de cumplimiento). El retraso en el pago no es relevante

para el Derecho hasta que se califique jurídicamente como ilícito obligacional y ésto sólo puede venir dado con la efectiva exigencia de la deuda por parte del acreedor, lo que a su vez, lo constituirá en mora, como efecto más de la responsabilidad por incumplimiento.

El régimen especial trazado por el legislador para este tipo de obligaciones viene caracterizado por el establecimiento de una tasa mínima y fija de indemnización de daños (el interés convencional pactado y a falta de éste el interés legal del dinero) y por el hecho de que su surgimiento es automático, es decir, sin necesidad de prueba alguna por parte del acreedor lesionado. Sin embargo, el acreedor que pruebe, por la vía general del artículo 1.107, haber sufrido un daño mayor al que cubre la cuantía legalmente establecida en el interés legal, está legitimado para solicitar una indemnización del daño mayor a la prevista. Si se ha pactado convencionalmente la indemnización, el acreedor sólo podrá probar el comportamiento doloso del deudor para aumentar la cuantía de la indemnización pactada.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBACAR LOPEZ, J.L.- SANTOS BRIZ, J., *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, vol.IV, Madrid, 1991.

- ALBALADEJO GARCIA, M., *Comentario al artículo 1.100 del Código civil*, "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales", vol.XV-1, Madrid, 1991, pág.353.; *Derecho civil, tomo II, vol.1º*, "La obligación y el contrato en general", 7ª ed. Ed. Bosch. Barcelona, 1983, pág.163.; *La mora en las obligaciones recíprocas*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1968, pág.9.; *De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas*, "Estudios Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo", vol.I, Madrid, 1988, pág.29.

- ALMEIDA COSTA, M.J. de, *Direito das obrigações*. Ed. Livraria Almeida. 3ª.ed.revisada. Coimbra, 1979.

- ALPA, G., *Rischio contrattuale*, "Contratto e impresa", 1986, 2, pág.619.

- ALTERINI, A.A., *El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual*, "Revista del Colegio público de abogados de la capital federal", Buenos Aires, 1990, pág.16.; *El reajuste de las deudas dinerarias mediante los intereses*, *Separata de la "Revista jurídica de la asociación de abogados de Buenos Aires"*, septiembre de 1992, núm.3.

- ALVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1972.; *Comentario a los artículos 1.113 a 1.124 del código civil*, "Comentario del Código civil del Ministerio de justicia", tomo II, Madrid, 1991, pág.74.

- ANDREOLI, G., *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Ed. Cedam, Padua, 1937.

- ANELLI, F., *Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore*, Giuffrè editore, Milán, 1990.

- ANGEL YAGÜEZ, R. de, *La frustración del fin del contrato: obligaciones de medios y de resultado*, "Anuario de Derecho Civil", 1985, pág.185.; *Comentario a los artículos 1.106 y 1.107 del código civil*, "Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia", tomo II, Madrid, 1991, pág.45.

- ANSON, W.R., *Principles of the english Law of contract*, 21ª ed., Oxford university Press, Oxford, 1959.

- ANTONMATTEI, Ph., *Contribution à l'étude de la force majeure*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1992.

- ANTUNES VARELA-BOGOTTE CHORAO, *Código civil português actualizado y anotado*, Ed. Coimbra editora, Coimbra, 1984.

- AQUILA, E. dell', *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1981.

- ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*, Ed. E. Jovene, Nápoles, 1958.

- ARIAS RAMOS, I., *Derecho romano*, 3ª ed., Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1947.

- ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette*, versione di F. Serafini, vol. II, 3ª ed. italiana riveduta e arricchita di moltissime note, Bologna, 1880.

- ASCARELLI, T., *Comentario bibliográfico a la obra de U. Napolitano: la svalutazione monetaria e le obbligazioni pecuniarie*, "Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile", 1950, pág. 210.; *Obbligazioni pecuniarie (art. 1277-1284)*, "Commentario del Codice civile a cura de A. Scialoja e G. Branca", Ed. Zanichelli, Bologna, 1963.

- ASTUTI, G., *Obbligazioni (diritto intermedio)*, "Enciclopedia del Diritto", vol. XXIX (voces obbligazioni-omicidio), Giuffrè editore, Milán, 1979, pág. 71.

- ATIYAH, P.S., *The Sale of Goods*, Ed. Pitman, Londres, 1990.

- AUBRY, C.- RAU, C., *Cours de Droit civil*, París, 1917.

- BADENES GASSET, *Obligación de resarcir el daño causado: ¿con referencia a qué fecha debe el juez evaluarlo?*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1955, pág.179.

- BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.; *Comentario a los artículos 1.094 a 1.105 y 1.182 a 1.186 del Código civil*, "Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia", tomo II, Madrid, 1991, pág.19 y 255.

- BALLARIN HERNANDEZ, *Comentario al artículo 1.896 del Código civil*, "Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia", tomo II, Madrid, 1991, pág.1960.

- BANCHIO, E.C., *Responsabilidad obligacional indirecta. Hechos de los representantes y auxiliares del deudor en el cumplimiento de las obligaciones*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973.

- BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol.III: *L'attuazione*, 2ª ed., Giuffrè editore, Milán, 1964.

- BARROS MONTEIRO, W. de, *Curso de Direito civil. Direito das obrigações*, 1ª parte: *Das modalidades das obrigações. Dos efeitos das obrigações*, 7ª ed. revista e aumentada, Ed. Saraiva, Sao Paulo, 1971.

- BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato di Diritto civile. Delle obbligazioni*, vols. I y II, a cura di Bonfante-Pacchioni-Sraffa, Ed. F. Vallardi, Milán, 1915.

- BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *El cumplimiento de las obligaciones*, Ed. *Revista de derecho privado*, Madrid, 1956.

- BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. *Edersa*, Madrid, 1990.

- BELLOMO, M., *Diligenza (Diritto intermedio)*, "Enciclopedia del diritto", vol. XII (voces *Delitto-Diritto*), Giuffrè editore, Milán, 1964, pág. 528.

- BENATTI, F., *La costituzione in mora del debitore*, Giuffrè editore, Milán, 1968.

- BESSONE, M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè editore, Milán, 1969.; *Svolgimento storico della Law of contract. Il ruolo dei giuristi e la loro politica del Diritto*, "Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile", 1978, I, pág. 48.

- BETTI, E., *Cours de droit civil comparé des obligations*, Giuffrè editore, Milán 1958.; *Teoría general de las obligaciones*, tomo I, traducido por J.L. de los Mozos. Ed. *Revista de Derecho privado*, Madrid, 1969.

- BIANCA, C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni (art.1218-1229)*, "Commentario del Codice civile" a cura di A. Scialoja y G. Branca, Libro IV, 2ª ed., Ed. Il Foro italiano di Roma, Roma, 1979, pág.527.

- BIEDMA SCHÄDEWALDT, A.M., *Mora automática*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986.

- BIGLIAZZI GERI, L., *Mora del creditore*, "Enciclopedia Giuridica", vol.XX (voces mer-nol), Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1990.

- BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Il sistema giuridico italiano. Diritto civile 1 ** (fatti e atti giuridici)*, Ed. Utet, Turín, 1986; *Diritto civile 3: obbligazioni e contratti*, Ed. Utet, Turín, 1990 ristampa.

- BIROCCHI, I.-PETRONIO, U., *Responsabilità contrattuale (Diritto intermedio)*, "Enciclopedia del Diritto", vol.XXXIX, (voces reazione-responsabilità), Giuffrè editore, Milán, 1988, pág.1072.

- BONET CORREA, J., *Las deudas de dinero*, Ed.Civitas, Madrid, 1981.

- BORDA, G.A., *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, vol.I, 6ª ed. actualizada, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1989.

- BRANCA, G., *Istituzioni di Diritto privato*, 4ª ed., Ed. Zanichelli, Bologna, pág.339.; *Inadempimento (Diritto romano e intermedio)*, "Enciclopedia del Diritto", vol.I, Giuffrè editore, Milán, 1958, pág.548.; *Mora e risoluzione: considerazioni spicciole*, "Il Foro italiano", 1967, pág.466.

- BRECCIA, U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè editore, Milán, 1968.

-BUSNELLI, F.D., *La parabola della responsabilità civile*, "La civilistica italiana dagli anni'50 ad oggi", Ed. Cedam, Milán, 1991.; *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè editore, Milán, 1964.

- CABALLERO LOZANO, J.M., *La mora del acreedor*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.

- CABANILLAS SANCHEZ, A., *La mora del acreedor*, "Anuario de Derecho Civil", 1988, pág.1341.; *La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor*, "Estudios homenaje a J. Roca Juan", Murcia, 1989.; *La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba (Comentario a la STS de 24 de mayo de 1990)*. "Anuario de Derecho Civil", 1991, pág.907.; *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Ed. J.M.Bosch, Barcelona, 1993.

- CABELLA PISU, L., *La responsabilità contrattuale in Common Law*, "Atlante di Diritto privato comparato a cura di F. Galgano", Ed. Zanichelli, Bologna, 1992, pág.125.

- CAFFARENA LAPORTA, J., *"Genus nunquam perit"*, *"Anuario de Derecho Civil"*, 1982, pág.291.; *El requisito de la identidad del pago en las obligaciones genéricas*, *"Anuario de Derecho Civil"*, 1985, pág.3.

- CAMACHO EVANGELISTA, F., *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*, *Universidad de Granada, Granada, 1962.*

- CANCELLI, F., *Diligenza (Diritto romano)*, *"Enciclopedia del Diritto"*, vol.XII, (voces *delitto-diritto*), *Giuffrè editore, Milán, 1964, pág.517.*

- CANNATA, C.A., *Mora (storia)*, *"Enciclopedia del Diritto"*, vol.XXVI, (voces *Mecc-Mora*), *Giuffrè editore, Milán, 1984, pág.374.*; *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (le regole della responsabilità contrattuale da Pothier al Codice civile italiano del 1942)*, *"Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile"*, 1981, pág.993.

- CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I., *La mora*, *Ed. Edersa, Madrid, 1978.*

- CARBONNIER, J., *Droit civil, vol.4: Les obligations*, 12^a ed., *Ed. Thémis, Paris, 1985.*

- CARDENAL FERNANDEZ, J., *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, *Ed. Montecorvo, Madrid, 1979.*

- CARRASCO PERERA, A., *Comentario a los artículos 1.101 y 1.102 del Código civil*, "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, vol. XV-1, Madrid, 1991, pág.374.; *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil de Ferrán Badosa Coll*, "Revista de Derecho Notarial", 1988, pág.423.

- CASTAN TOBEÑAS, J.M., *Derecho civil español común y foral*, tomo III: *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 15ª ed. revisada y puesta al día por G. García Cantero, Ed. Reus, Madrid, 1988, pág.204.

- CATTANEO, G., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Giuffrè editore, Milán, 1964.

- CECCHERINI, G., *Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica*, "Contratto e impresa", 1991, 2, mayo-agosto, pág.783.

- CICALA, R., *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Ed. Jovene, Nápoles, 1953.

- CLAVERIA GOSALBEZ, *Diligencia, culpa, incumplimiento y responsabilidad contractual*, "Anuario de Derecho Civil", 1987, pág.1283.

- CODIGO CIVIL ALEMAN (B.G.B.), *traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950 por C. Melon Infante*, Ed. Bosch, Barcelona, 1955.

- COLIN-CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, anotado por De Buen, 4ª ed. española anotada y puesta al día por M.Batlle, tomo III, Ed. Reus, Madrid, 1960.

- CORTES DOMINGUEZ, V., *Comentario al artículo 1.214 del Código civil*, "Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia", tomo II, Madrid, 1991, pág.320.

- COTTINO, G., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Giuffrè editore, Milán, 1955.; *Caso fortuito e forza maggiore (diritto civile)*, "Enciclopedia del Diritto", vol.VI, (voces cap-cine), Giuffrè editore, Milán, 1960, pág.377.

- COVIELLO, L., *L'obbligazione negativa (contributo alla teoria delle obbligazioni)*, Ed.Siem, Nápoles, 1931.

- CRISCUOLI, G., *Il contratto nel Diritto inglese*, Ed. Cedam, Padua, 1990.

- CRISTOBAL MONTES, A., *El enigmático artículo 1.107 del Código civil español*, "Centenario del Código civil de la Asociación de profesores de Derecho civil", vol.I, Ed.Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág.559.; *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Ed. Civitas, Madrid, 1984.; *La mora del deudor en la resolución contractual por incumplimiento*, "Revista de Derecho Privado", 1985, pág.91.; *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.; *El pago: el papel de la voluntad de acreedor y deudor*, "Anuario de Derecho Civil", 1986, pág.537.

- CHESHIRE & FIFOOT, *The Law of Contract*, 7ª ed., Londres, pág.554.

- CHIRONI, *La culpa contractual*, traducido por A.Posada de la 2ª ed. italiana, Madrid, 1907.

- CHITTY, *On Contracts. General Principles*, vol.I, Londres, 1983, pág.1671.

- DALMARTELLO, A., *Risoluzione del contratto*, "Novissimo Digesto italiano", vol.XVI, pág.125.

- DAVID, R. - GRIVART KERSTRAT, F., *Les contrats en Droit anglais*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1973.

- DE CUPIS, A., *Istituzioni di Diritto privato*, 4ª ed., Giuffrè editore, Milán, 1987, pág.291.

- DE MARTINI, *Mancato o ritardato adempimento del contratto ed eccessiva onerosità della prestazione*, "Giurisprudenza della Cassazione civile", 1948, II, pág.759.

- DELVITTO, G., *Commentario teorico- pratico del Codice civile del regno d'Italia*, "Manuale del Foro italiano", vol.IV, Ed. Federico Augusto Negro, Turín, pág.399.

- DEMOGUE, *Traité des obligations*, tomo V, Paris, 1925.

- DERNBURG, A., *Pandette*, vol.2: *Diritto delle obbligazioni*, 6ª ed. migliorata in collaborazione con Biermann, G., 1ª traducción italiana de F.B. Cicala, Turin, 1903.

- DEVOTO, L., *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Ed. Cedam, Padua, 1943.; *L'imputabilità e le sue forme nel Diritto civile*, Giuffrè editore, Milán, 1964.

- DI MAJO, A., *Delle obbligazioni in generale*, "Commentario del Codice civile Scialoja-Branca" (art. 1173-1176), Ed. Zanichelli, Bologna, 1988.; *Obbligazioni pecuniarie*, "Enciclopedia del Diritto", vol.XXIX (voces obbligazioni-omicidio), Giuffrè editore, Milán, 1979, pág.222.; *Pagamento (diritto privato)*, "Enciclopedia del Diritto", vol.XXXI, Giuffrè editore, Milán, 1981, pág.549.

- DIAZ ALABART, S., *La facultad de moderación del art.1.103 del Código civil*, "Anuario de Derecho Civil", 1988, pág.1133.; *Comentario al artículo 1.103 del Código civil*, "Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, vol.XV-1, Madrid, 1991, pág.475.

- DIEZ-PICAZO, L.-GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil, Vol.II*, 6ª ed., Ed Tecnos, Madrid, 1991 y vol.I.; id., 8ª ed., Madrid, 1992, reimpr. 1993.

- DIEZ-PICAZO, L., *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, "Anuario de Derecho Civil", 1969, pág.383.; *El contenido de la relación obligatoria*, Santiago de Compostela, 1965.; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II: *Las relaciones obligatorias*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.; *Ponencia sobre la*

libertad y responsabilidad contractuales e intereses vitales del deudor. "Tendencias actuales y perspectivas del Derecho privado y el sistema jurídico en latinoamérica", Ed. Cuzco, Lima, 1990, pág.285.; La responsabilidad civil hoy, "Anuario de Derecho Civil", 1979, pág.727.; El Derecho de obligaciones en la codificación civil española, "Centenario del Código civil de la asociación de profesores de derecho civil", vol.I, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág.707.; Mora del deudor y liquidez de la deuda. Existencia de un litigio sobre el precio. Contrato de obra: precio cierto. Prueba de presunciones y su apreciación por el juzgador (comentario a la STS de 12 de junio de 1984), "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil", 1984, núm.6, pág.1835.; El pago anticipado, "Revista de Derecho Mercantil", 1959, pág.37.; Obligaciones en moneda extranjera, responsabilidad y devaluación, "Anuario de Derecho Civil", 1971, pág.1047.; Comentario al artículo 1.108 del código civil, "Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia", tomo II, Madrid, 1991, pág.62.; Estudios sobre la Jurisprudencia civil, vols.1 y 2, 2ª ed. reimprimida, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, pág.433 y 3ª ed., Madrid, 1981, pág.1;

– DIGESTO DE JUSTINIANO, tomas I, II y III, versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968.

– DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, vol.I, París, 1777.

– DORAL, J.A – MARINA MARTINEZ-PARDO, J., *Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses*, "Anuario de Derecho Civil", 1980, pág.523.

- DUPIN, *Oeuvres de Pothier, Bruselas, 1831, vol.I, pág.5.*

- EISMEN, *Le fondément de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité delictuelle, Revue trimestrielle de droit civil, 1933.; L'obligation et la responsabilité contractuelle, "Mélanges Ripert", vol.II, pág.101.*

- ENGEL, P., *Traité des obligations en Droit suisse, Ed. Idées et Calendes, Neuchâtel, 1973, pág.461.*

- ENNECERUS, W., *Derecho de obligaciones, vol.I, 11ª ed. traducida por Pérez González y Alguer a la 35ª ed. alemana, Ed. Bosch, Barcelona, 1933.*

- ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho civil, tomo II: Derecho de obligaciones, vol.I, traducido por Pérez González y Alguer, Ed. Bosch, Barcelona, 1933.*

- ENNECERUS-LEHMANN, *Derecho de obligaciones, vol.1ª: Doctrina general, traducción de la 35ª ed. alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Pérez González y Alguer, Ed.Bosch, Barcelona, 1933.*

- ESPIN CANOVAS, D., *Manual de Derecho civil español, vol.III: obligaciones y contratos, 5ª ed., Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1978, pág.183.; La excepción de incumplimiento contractual, "Anuario de Derecho Civil", 1964, pág.543.*

- ESPINAR LAFUENTE, *Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas*, "Estudios homenaje a Castán Tobeñas", vol.II, Pamplona, 1969, pág.111.

- FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J., *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Ed.Civitas, Madrid, 1993.

- FERRARI, F., *Prevedibilità del danno e "contemplation rule"*, "Contratto e impresa", 1993, mayo-agosto, pág.760.

- FISHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación, traducido del alemán con concordancias y un apéndice sobre el Derecho español por W. Roces*, Ed. Librería general de V. Suárez, Madrid, 1928.

- FRANZONI, M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Ed. Cedam, Padua, 1988.; *La responsabilità contrattuale (a proposito di un libro recente)*, "Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile", 1981, II, pág.1226.; *Il libro delle obbligazioni e dei contratti*, "Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile", 1993, III, pág.861.

- FRIED, Ch., *Contract as promise a theory of contractual obligation*, Harvard university Press, 1981.

- FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Ed.Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991; *Corrección monetaria y pago legal*, Ed. Temis Librería, Bogotá, 1978.; *La reajustibilidad del valor de la deuda de dinero como*

requisito del pago efectivo, cualquiera que sea la fuente de la obligación, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1951, pág.133.

- FUSARO, A., *Il contratto nei sistemi di Common Law*, "Contratto e impresa", 1982, 2, mayo-agosto, pág.663.

- GALGANO, F., *La responsabilità per inadempimento contrattuale: il modello francese e i suoi sviluppi*, "Atlante di Diritto privato comparato", Ed. Zanichelli, Bologna, 1992.; *La responsabilità contrattuale*, "Contratto e impresa", 1989, 1, pág.32.

- GARCIA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ed. Cometa, Zaragoza, 1974.

- GIL DE CASTEJON, *Alphabetum juridicum, canonicum, II*, Catania, 1738, pág.146.

- GIORGI, G., *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. II (efectos de las obligaciones, resarcimiento del daño por incumplimiento, riesgo y peligro, medidas coercitivas, procedimientos de conservación, acción subrogatoria, acción revocatoria, derecho de retención, efectos de las obligaciones conexas), traducida de la 7ª ed. italiana por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Ed. Reus, Madrid, 1928.

- GIORGIANNI, M., *L'inadempimento*, 2ª ed., Giuffrè editore, Milán, 1974.; *Lezioni di Diritto civile*, Giuffrè editore, Milán, 1956.; *Inadempimento (Diritto privato)*,

"Enciclopedia del Diritto", vol.XX, Giuffrè editore, Milán, 1970, pág.861.; La "parte generale" delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del Codice civile, "Contratto e impresa", 1993, mayo-agosto, pág.482.

- GIOVENE, A., *L'impossibilità della prestazione e la "sopravvenienza"*, ed. Cedam, Padua, 1941.

- GIRARD, P.F., *Manuale elementare di Diritto romano*, 4ª ed., Milán, 1909.

- GOMEZ, A., *Variarum Resolutionum.*, Antverpiae, 1963, pág.702.

- GONZALEZ GONZALEZ, A., *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987.

- GRAMUNT FOMBUENA, M.D., *La mora del deudor en el Código civil*, Ed. J.M.Bosch, Barcelona, 1993.

- GROSSO, G., *Buona fede (Diritto romano)*, "Enciclopedia del Diritto", vol.V, (voces banca-can), Giuffrè editore, Milán, 1959, pág.661.

- GUARNERI CITATI, A., *Contributi alla dottrina della mora*, "Annali della università di Palermo", 1923, tomo XI.

- GUTIERREZ FERNANDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo IV: *Tratado de las obligaciones*, 2ª ed, Madrid, 1871.

- HEDEMANN, J.W., *Derecho de obligaciones*, vol.III, traducción de J. Santos Briz, Ed. *Revista de derecho privado*, Madrid, 1958, pág.155.

- HERMOSILLA, G., *Notae, Additiones et resolutiones ad Glossas legum Partitarum D. Gregorii Lopetii*, I, Coloniae, 1751.

- HERNANDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones. Obras completas*, tomo 3, Ed. *Espasa calpe*, Madrid, 1988.

- HERNANDEZ GIL, F., *La intimación del acreedor en la mora "ex persona"*, *"Anuario de Derecho Civil"*, 1962, 1, pág.331.

- IGLESIAS, I., *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Ed. *Ariel*, Barcelona, 1986.

- IHERING, R. von, *La lucha por el Derecho*, traducido al español por A. Posada, Ed. *Civitas*, Madrid, 1985.

- INZITARI, B., *Sentenze d'un anno. Obbligazioni*, *"Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile"*, 1993, pág.1177.; *Interessi*, estratto dal *"Digesto"*, vol.IX, Ed. *Utet*, Turín, 1993, pág.3.

- JORDANO BAREA, J.B., *Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita* (comentario a la STS de 9 de junio de 1950), "Anuario de Derecho Civil", 1951, pág.303.

- JORDANO FRAGA, F., *Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español*, "Anuario de Derecho Civil", 1985, pág.339.; *El problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del ordenamiento*, "Anuario de Derecho Civil", 1986, pág.69.; *Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1985, 1, pág.29.; *Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español*, "Anuario de Derecho Civil", 1984, 1, pág.110.; *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código civil*, Ed. civitas, Madrid, 1992.; *Obligaciones de medios y de resultado. A propósito de una jurisprudencia reciente*, "Anuario de Derecho Civil", 1991, 1, pág.5.; *Comentario a la STS de 23 de octubre de 1990*, "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil", 1990, n.º.24, pág.1097.; *La responsabilidad contractual*, Ed. civitas, Madrid, 1987.

- JÖRS,P.- KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, traducción de L. Prieto-Castro a la 2ª edición alemana, Ed. Labor, Barcelona, 1937.

- KASER, M., *Derecho romano privado*, traducido de la 5ª ed. alemana por Santa Cruz Tejeiro, Ed. Reus, Madrid, 1968.

- KRONFE, M., *Progetti di una nuova codificazione del Diritto delle obbligazioni nella Repubblica Federale Tedesca*, "Rivista di Diritto commerciale", 1982, I, pág.51.

- LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de derecho civil*, vol. I: *Derecho de obligaciones*, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1985, pág.223.

- LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, tomo I, versión española y notas de J. Santos Briz, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1958.

- LARROUMET, C., *Droit civil*, tomo III: *Les obligations*, 1ª parte, Ed. Económica, París.

- LAS SIETE PARTIDAS, *Glosadas por el Licenciado Gregorio López*, Salamanca, 1555.

- LASARTE ALVAREZ, C., *Comentario a los artículos 1.125 a 1.130 del Código civil*, "Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia", tomo II, Madrid, 1991, pág.100.

- LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, tomo IV, vol.II, Madrid, 1970.

- LIBERTINI, M., *Interessi*, "Enciclopedia del Diritto", vol.XXII, Giuffrè editore, Milán, 1972, pág.95.

- LIGENTHAL, von., *Manuale del diritto civile francese*, vol.2ª, Traducido por Barassi, Milán, 1907.

- LONGO, G.E., *Pagamento (Diritto romano)*, "Novissimo Digesto italiano", vol.XII, Ed. Utet, Turín, 1957, pág.816.

- LUPOL, M., *Common Law e Civil Law (alle radici del diritto europeo)*, "Il Foro italiano", 1993, settembre, pág.432.

- MAGAZZU, A., *Mora del debitore*, "Enciclopedia del Diritto", vol.XXVI, (voces mecc-mora), pág.933.

- MAIORCA, C., *Colpa civile (teoria generale)*, "Enciclopedia del Diritto", vol.VII (voces cir-compa), Giuffrè editore, Milán, 1960, pág.534.

- MAJELLO, U., *Scritti di Diritto patrimoniale*, Edizioni Scientifiche italiana, Nápoles, 1992.

- MANRESA y NAVARRO, J., *Comentarios al Código civil español*, tomo VIII, 4ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1929.

- MARCADÉ, V., *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone*, 3ª ed. italiana sulla 6ª ed. di Parigi, vol.VI, parte II, Nápoles 1875.

- MARESCOTT, H., *Variarum resolutionum, Libro II, Venecia, 1651, pág.381.*

- MARTIN PEREZ, J., *Comentario a los artículos 1.096 a 1.099 del Código civil, "Comentario del Código Civil y Compilaciones Forales", vol.XV-1, Madrid, 1989, pág.1.*

- MARTINEZ ALCUBILLA, M., *Códigos antiguos de España. Colección completa de todos los códigos de España desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación con un glosario de las principales voces anticuadas, notas, índices parciales y un repertorio general alfabético de materias, Madrid, 1885.*

- MARTINEZ CALCERRADA, L., *Cumplimiento defectuoso de la prestación (su inclusión en la "contravención" o cuarta causa del artículo 1.101 del Código civil), "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1975, pág.1335.*

- MARTY, G.-RAYNAUD, P.-JESTAZ, Ph., *Droit civil. Les obligations, tomo II, 2ª ed. Ed. Sirey, París, 1989.*

- MASI, A., *Inadempimento (storia), "Enciclopedia del Diritto", vol.XX, Giuffrè editore, Milán, 1970, pág.858.*

- MAZEAUD, L. y H.-TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, tomo I, 6ª ed., Editions Montchrestien, París, 1965.*

- MAZZAMUTO, S., *L'attuazione degli obblighi di fare*, Ed. Jovene, Nápoles, 1978.

- MÉLICH-ORSINI, J., *La resolución del contrato por incumplimiento*, Ed. Temis, Bogotá, 1979.; *La mora del deudor en el Derecho venezolano*, "Libro homenaje a R. Goldschmidt", Caracas, 1967.

- MEMMO, D., *La responsabilità per inadempimento contrattuale: il modello tedesco*, "Atlante de Diritto privato comparato a cura di f. Galgano", Ed. Zanichelli, Bolonia, 1992.

- MENGONI, L., *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, "Enciclopedia del Diritto", vol.XXXIX, Giuffrè editore, Milán 1988, pág.1072.; *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, "Rivista del Diritto commerciale", 1954.

- MERINO GUTIERREZ, A., *Alteraciones monetarias y obligaciones pecuniarias en el Derecho privado actual*, Servicio de publicaciones de la universidad de Oviedo, Oviedo, 1985.

- MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, Giuffrè editore, Milán, 1953.

- MOISSET DE ESPANES, L., *Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1975, 1, pág.359.; *Mora del acreedor y pago por consignación*, "Jurisprudencia Argentina", 1977, II, pág.707.; *Constitución en mora e interrupción de la prescripción. Diferencias*, "Revista del

Colegio de abogados de La Plata, año XXIX, n.º.49, pág.53.; La mora en el nuevo Código civil de Paraguay, trabajo inédito cedido amablemente por el autor.; Reflexiones sobre la clasificación de los plazos, la mora y la obligación de inscribir una transferencia de automotores, "El Derecho", 41, pág.1003.; Efectos del simple retardo, "Ius et Praxis", n.º.25, 1990, pág.23.; El simple retardo, la mora y la resolución por incumplimiento. Variaciones sobre un tema, "Jurisprudencia Argentina", 1982, IV, pág.463.; La mora y la reforma del artículo 509 del Código civil argentino, "Jurisprudencia Argentina", 1968, V, pág.764.; Reflexiones en torno a la mora del deudor y el lugar del cumplimiento de las obligaciones, "El Derecho", tomo 72, pág.791.; Perención y desestimiento. Cesación del efecto interruptivo de la prescripción y subsistencia de la mora, trabajo inédito, cedido en 1991 por el autor; Notas sobre la resolución del contrato y la mora, "Jurisprudencia Argentina", 1969, I, pág.659.; La mora y el Derecho transitorio (artículos 3, 509 y 3.986 del Código civil), "El Derecho", tomo 53, pág.667.; Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro, con relación al daño emergente y al lucro cesante, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1975, I.

- MONATERI, P.G., *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Ed. Cedam, Padua, 1989.

- MONTEL, A., *Mora (Diritto romano y Diritto civile)*, "Nuovo Digesto italiano", vol.XVII, Ed. Utet, Turín, 1939, pág.741.; *Deudas de dinero y mora debitoris*, "Problemi di vario Diritto", Ed. Giappichelli, Turín 19, pág.24.; *Problemi della responsabilità e*

del danno, Ed. Giappichelli, Turín, 19.; *La mora del debitore*, Ed. Cedam, Padua, 1930.; *Considérations sur la réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent (spécialement d'après le Code civil italien et le Projet franco-italien sur les obligations)*, "Revue trimestrielle de Droit civil", 1932, pág.1017.

- MORALES MORENO, A.A., *El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro*, "Anuario de Derecho Civil", 1983, pág.1529.; *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, "Anuario de Derecho Civil", 1982, pág.591.

- MORENO QUESADA, B., *Problemática de las obligaciones de hacer*, "Revista de Derecho Privado", 1976.

- MOREU BALLONGA, J.L., *En defensa del criterio de especificación unilateral notificada*, "Anuario de Derecho Civil", 1985, pág.3.

- MOSCO, L., *Impossibilità sopravvenuta*, "Enciclopedia del Diritto", vol.XX (voces ign-inch), Giuffrè editore, Milán, 1970, pág.405.

- MUCIUS QUINTUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, tomo XIX (arts. 1.088 a 1.213), Ed. Legislación española, Madrid, 1902, pág.448 y 2ª ed. del Instituto editorial Reus, Madrid, 1957.

- NANNI, L., *La buona fede contrattuale, "I grandi orientamenti della Giurisprudenza civile e commerciale" dirigido por F. Galgano, Ed. Cedam, Padua, 1988.*

- NAPOLETANO, U., *La svalutazione monetaria e le obbligazioni pecuniarie, "Rivista del Diritto commerciale", 1949, I, pág.316.*

- NATOLI, U.-BIGLIAZZI GERI, L., *Mora accipiendi e mora debendi, Giuffrè editore, Milán, 1975.*

- NATOLI, U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio, Giuffrè editore, Milán 1964.; Diffida ad adempiere, "Enciclopedia del Diritto", vol.XII, Giuffrè editore, Milán, 1964, pág.509.*

- NICOLO, R., *Inadempimento (Diritto civile), "Enciclopedia del Diritto", vol.I, Giuffrè editore, Milán, 1958, pág.554.*

- OGAYAR Y AYLLON, T., *Efectos que produce la obligación bilateral, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1983.*

- OSTI, G., *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione, "Rivista di Diritto civile", 1918.; Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, "Rivista di Diritto civile, 1959.*

- PANTALEON PRIETO, F., *El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate*, "Anuario de Derecho Civil", 1991, pág.1019.; *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, Tesis Doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Madrid en 1981.; *La resolución por incumplimiento e indemnización*, "Anuario de Derecho Civil", 1988, pág.1143.; *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, "Anuario de Derecho Civil", 1993.; *Comentario al artículo 1.902 del Código civil*, "Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia", tomo II, Madrid, 1991, pág.1971.

- PASCUAL ESTEVILL, L., *La perturbación del derecho de crédito y las cuestiones de la imputabilidad, causalidad y tipicidad en el Derecho civil*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1989, pág.1183.; *La responsabilidad profesional*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1991, núm.602, pág.43.; *La responsabilidad contractual*, tomo II, vol.1º. Parte especial, Ed.Bosch, Barcelona, 1989.; *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil*, tomo I, parte general, Ed. Bosch, Barcelona, 1989.

- PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M., *El anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1965.

- PERLINGIERI, P., *Dell'impossibilità sopravvenuta*, "Commentario del Codice civile italiano a cura di A. Scialoja e G. Branca", Ed. Zanichelli, Bolonia, 1975, pág.441.

- PERSICO, G., *L'eccezione d'inadempimento*, Giuffrè editore, Milán, 1955.

- PETIT SEGURA, M.A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Ed. Signo, Barcelona, 1990.

- PINTO RUIZ, J., *La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la indemnización de daños y perjuicios durante el año 1957*, "Revista Jurídica de Cataluña", 1958, pág.199.; *Incumplimiento de las obligaciones civiles*, "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", vol.XII, Ed. F. Seix, Barcelona, 1951, pág.184.

- PIOLA, G., *Mora*, "Digesto italiano", vol.XV, parte 2ª, Turín, 1976pág.849.

- PLANIOL, M.- RIPERT, G., *Traité pratique de Droit civil franÇais*, 2ª ed., tomo VII, 10ª parte, París, 1954.

- PLANITZ, H., *Principios de Derecho privado germánico, traducción directa de la 3ª ed. alemana por C. Melon Infante*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957.

- POLETTI, D., *Doppia alienazione immobiliare e "responsabilità extracontrattuale da contratto"*, "Contratto e impresa", 1991, 2, mayo-agosto, pág.373.

- POTHIER, R.J., *Traité des obligations*, vols. I y II, París, 1825.

- PUIG BRUTAU, *Mora*, "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", tomo XVI, Ed. F. Seix, Barcelona, 1978, pág.645.; *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.

- PUIG PEÑA, *Caso fortuito*, "Nueva Enciclopedia Jurídica de Seix", vol.III, Ed. F. Seix, Barcelona, 1951, pág.756.

- RAVAZZONI, A., *Mora del debitore*, "Novissimo Digesto italiano", vol.X, Turín, 1957, pág.904.; *Mora del debitore*, "Enciclopedia Giuridica", vol.XX (voces *mer-nol*), Ed. Istituto della Enciclopedia italiana fondata da G. Traccani, Roma, 1990.; *La costituzione in mora del debitore*, Giuffrè editore, Milán, 1957.

- RESCIGNO, P., *Obbligazioni (nozione)*, "Enciclopedia del Diritto", vol.XXIX 8voces *obbligazioni-omicidio*), Giuffrè editore, Milán, 1979, pág.133.

- RICCI, F., *Derecho civil teórico y práctico, tomo XIII: de los contratos, de los cuasicontratos, de los delitos y cuasidelitos. Diversas clases de obligaciones*, Ed. Librería Moderna, Caracas, 1985.

- RIVERA, *Efectos de la inflación en el Derecho de obligaciones*, "Revista de Derecho Privado", 1984, pág.542.

- ROBERTIS, R. de, *Responsabilità contrattuale (Diritto romano)*, "Enciclopedia del diritto", vol.XXXIX (voces *reazione-responsabilità*), Giuffrè editore, Milán, 1988, pág.1050.

- ROCA JUAN, J., *Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida*, "Estudios homenaje a Federico de Castro", vol.II, Ed. Tecnos, Madrid, 1976,

- RODOTA, S., *Diligenza (Diritto civile)*, "Enciclopedia del Diritto", vol.XII (voces delitto-diritto), Giuffrè editore, Milán, 1964, pág.539.
- ROJINA VILLEGAS, R., *Derecho civil mexicano, tomo V: Obligaciones*, vol.II, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1976.
- ROMANO, S., *Buona fede (Diritto privato)*, "Enciclopedia del Diritto", vol.V (voces banca-can), Giuffrè editore, Milán, 1959, pág.677.
- ROTONDI, M., *Il Progetto italo-francese delle obbligazioni*, Estratto da "Scritti Giuridici", vol.II, Ed. Cedam, Padua, 1972.
- RUIZ-RICO RUIZ, *Comentario a los artículos 1.108 y 1.109 del Código civil*, "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales", vol. XV-1, Madrid, 1991, pág.752.; *Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios*, "Estudios Centenario del Código civil", tomo II, Madrid, 1990, pág.1893.
- SALEILLES, R., *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier Projet de Code civil pour l'empire allemand*, 3ª ed., Ed, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1925.; *Étude sur les sources de l'obligation dans le Projet du Code civil allemand*, id., París, 1889.; "Mélanges de Droit comparé", vol.I, Introduction á l'étude di droit civil allemand á propos de la traduction française Bürgerliches

gesetzbuch enterprise par le Comité de législation étrangère, Paris, 1904.

– SANCHEZ CALERO, F.J., *Las obligaciones genéricas*, "Revista de derecho Privado", 1980, *pág.644.*

– SANCHEZ ROMAN, F., *Estudios de Derecho civil*, tomo IV, 2ª ed., Madrid, 1899.

– SANTORO, G., *La responsabilità contrattuale*, "I grandi orientamenti della Giurisprudenza civile e commerciale" dirigida por F. Galgano, vol.17, Ed. Cedam, Padua, 1992.; *La responsabilità contrattuale: il dibattito teorico*, "Contratto e impresa", 1989, 1, *pág.1.*

– SANTOS BRIZ, J., *Tendencias modernas en el Derecho de obligaciones*, "Revista de Derecho Privado", 1960.

– SARDA, *El nuevo Derecho acerca de las obligaciones de dinero*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1941, *pág.122.*

– SARGENTI, M., *Pagamento (Diritto romano)*, "Enciclopedia del Diritto", vol.XXXI, Giuffrè editore, Milán, 1981, *pág.533.*

– SCAVO LOMBARDO, L., *Buona fede (Diritto intermedio)*, "Enciclopedia del Diritto", vol.V (voces banca-can), Giuffrè editore, Milán, 1959, *pág.664.*

- SCONAMIGLIO, R., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, "Novissimo Digesto italiano", vol.XV, Ed. Utet, Turín, 1957, pág.670.; *Risarcimento del danno*, "Novissimo Digesto italiano", vol.XVI, Ed. Utet, Turín, 1957, pág.5.

- SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, traducido de la edición inglesa por Santa Cruz Teijeiro, Ed. Bosch, Barcelona, 1960.

- SCHUPFER, F., *Il Diritto delle obbligazioni in Italia, nell'età del risorgimento*, vol.I, Ed. Fratelli Bocca, Turín, 1921.

- SÉGUR, L., *La notion de faute contractuelle en Droit civil Français (étude jurisprudentielle)*, These pour le doctorat en Droit présentée et soutenue publiquement le 8 juillet 1954, Burdeos, 1954.

- SMITH, J.C.- THOMAS, J.A.C., *A Casebook on contract*, Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1977.

- SOTO NIETO, F., *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*. Ed. Nauta, Barcelona, 1965.; *La llamada "compensación de culpas"*, "Revista de Derecho Privado", 1968, pág.409.

- SOUSI, G., *La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent*, "Revue trimestrielle de Droit civil", 1982, pág.514.

- TALAMANCA, M., *Obbligazioni (Diritto romano)*, "Enciclopedia del Diritto", vol.XXIX (voci obbligazioni-omicidio), Giuffrè editore, Milán, 1979, pág.1.; *Colpa civile (storia)*, "Enciclopedia del Diritto", vol.VII (voci cir-compa), Giuffrè editore, Milán, 1960, pág.517.

- THUR, A. von., *Tratado de las obligaciones, traducido y concordado por W. Roces*, tomos I y II, 1ª ed. española, Ed. Reus, Madrid, 1934.

- TORRALBA SORIANO, O.V., *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, "Anuario de Derecho Civil", 1971, pág.1143.

- TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto civile*, 28ª ed., Ed. Cedam, Padua, 1986, pág.554.

- TREVES, G., *Correttezza*, "Enciclopedia del Diritto", vol.X (voci contratto-cor), Giuffrè editore, Milán, 1962, pág. 709.

- TRIMARCHI, M., *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie*, Giuffrè editore, Milán, 1983.; *Istituzioni di Diritto privato*, Giuffrè editore, Milán 1991.; *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè editore, Milán, 1961.; *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, "Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile", 1970, pág.512.

- VALCAVI, G., *Il problema degli interessi monetari nel risarcimento del danno*, Giuffrè editore, Milán, 1987.; *Il corso di cambio e il danno nelle obbligazioni in moneta straniera*, Estratto della "Rivista di Diritto civile", 1985, 3, pág.251.

- VALSECCHI, E., *Sulla illiceità del ritardo nell' adempimento*, "Rivista del Diritto commerciale", 1963, I, pág.243.; *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento (commentario alla sentenza della Corte di Cassazione 10 gennaio 1963, n.30)*, "Rivista del Diritto commerciale", 1964, II, pág.281.

- VAN CAENEGEM, R.C., *An historical introduction to private Law*, traducido por D.E.L. Johnston, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

- VATTIER FUENZALIDA, C., *Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1980, I, pág.41.; *Obligaciones pecuniarias*, "Nueva Enciclopedia de Seix", Ed. F. Seix, Barcelona, 1986.

- VAZQUEZ BOTE, E., *Derecho civil de Puerto Rico*, tomo III, vol.1: *El aspecto conformador de la relación jurídica, con la colaboración de Puig Peña y De Angulo*, Ed. Fas, San Juan, 1973.

- VINEY, G., *Traité de Droit civil sous la direction de Ghestin*, vol.IV: *Les obligations, la responsabilité: conditions*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1982.

- VISINTINI, G., *Inadempimento e mora del debitore*, "Commentario al Codice civile a cura di P. Schlesinger", Giuffrè editore, Milán, 1987.; *La responsabilità contrattuale*, Ed. E. Jovene, Nápoles, 1979.; *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Ed. Cedam, Padua, 1965.; *Riflessioni sugli scritti di G. Osti*, "Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile", 1971, pág.213.

- WEILL, A.- TERRÉ, F., *Droit civil. Les obligations*, Ed. JGD, París, 1986.

- WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, traducido por Fadda y Bensa, vol.II, Turín, 1930.

- ZWEIGERT, K. - KÖTZ, H., *Introduction to comparative Law*, traducción inglesa de T. Weir, 2ª. ed., Clarendon Press. Oxford, 1993.

LA UNIVERSIDAD DE
DOCTORAL CO. Apto "cum laude"
por unicuicidad
MAY. 18 de julio 1994

~~Edmundo~~ J. Luparel
M. ER